

AÑO 7 _ N° 7

Diciembre 2020

ISSN: 2362-3845

REVISTA DE ESTUDIO

30 AÑOS _ *Saber y Saber Hacer*



REVISTA de ESTUDIOS de

Derecho Notarial y Registral

JOURNAL OF STUDIES OF NOTARY and REGISTRATION LAW

Revista de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral
Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ)
Universidad Blas Pascal

REVISTA de ESTUDIOS *de*

Derecho Notarial y Registral

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL - CÓRDOBA, ARGENTINA

Año 7 · Nro. 7 · Diciembre 2020 // ISSN: 2362-3845

REVISTA de ESTUDIOS *de*

Derecho Notarial y Registral

Consejo Editorial

- **Director:** *Augusto Piccon*
- **Sub Director:** *Guillermo Ford Ferrer*
- **Editoras:** *Maria Laura Guerri Fernandez*
Maria Adriana Garay

Consejo Científico

- **Domingo Viale.** *UBP*
- **Nestor Pisciotta.** *UBP*
- **Juan Aparicio.** *Academia Nacional De Derecho. UNC. UBP.*
- **Alejandro Freytes.** *UNC. UBP.*
- **Gabriel Ventura.** *Academia Nacional de Derecho de Cordoba. UNC. UCC.*

Diseño y Diagramación

- **Mauricio Tagliavini,** *DG*

La revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral es una publicación anual con referato realizada por el Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la UBP. El Comité Editorial agradece a todos los evaluadores que intervinieron en la revisión de los artículos presentados en este número.



Copyright © 2020 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

Publicación editada e impresa en
 Córdoba, Argentina

La reproducción de esta revista,
 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 Derecho Notarial y Registral

Publicación anual de la Sala de Derecho Civil del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: carrerasjuridicas@ubp.edu.ar

ISSN: 2362-3485

La Revista Derecho Privado no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

ÍNDICE

EMPLAZAMIENTO DEL TIEMPO COMPARTIDO EN LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES José Berrotarán	11
EL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION Y SU IMPLICANCIA NOTARIO REGISTRAL María Adriana Garay	31
LA ADQUISICION A NON DOMINO Juan José Guardiola	45
ANALIZANDO EL REGIMENDE LAS NULIDADES DESDE UN DEFECTO FORMAL (FALTA DE LA FIRMA EN LA ESCRITURA) Augusto Luis Piccón	67
EXTENSIÓN DEL EXÁMEN CALIFICADOR EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES SOCIETARIOS José Pablo Sala Mercado, María Valeria Sala Mercado y Cristian Ariel García Li Muli	91

ESTUDIOS

EMPLAZAMIENTO DEL TIEMPO COMPARTIDO EN LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

Por **José Berrotarán**¹

SUMARIO- I. INTRODUCCION. II. DESARROLLO. III. CONCLUSION

RESUMEN:

Este artículo comenta un fenómeno reciente de aprovechamiento “periódico y por turnos” de inmuebles o de cosas muebles, que generan vínculos jurídicos de Derecho Real o de Derecho Personal. La primera normativa sobre el tema en nuestro país fue la Ley 26356 sancionada y vigente en 2008, referida a los “Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido” (STTC), actualmente derogada en parte, y sustituida por el CCCN., que legisla, en el Título VI del Libro IV, sobre el Derecho Real de Tiempo Compartido y que ha trascendido el original destino turístico de la afectación, extendiéndolo para finalidades industriales, comerciales y otras. También se ha incluido como objetos de esta Relación Jurídica, que en la ley anterior eran solamente los edificios afectados a hospedaje, y que actualmente pueden ser también inmuebles con otros destinos, o cosas muebles, como embarcaciones, automotores, equipos médicos, etc. Sin perjuicio de la afectación del Tiempo Compartido como Derecho Real, se permiten también el alquiler y otros derechos personales sobre los turnos de uso.

ABSTRACT

This paper comments on a recent phenomenon of "periodic and shift" use of real estate or personal property, which generates legal ties of Real Law or Personal Law. The first regulation on the subject in our country was Law 26356 sanctioned and in force in 2008, referring to the "Timeshare Tourist Systems" (STTC), currently repealed in part, and replaced by the CCCN., which legislates, in the Title VI of Book IV, on the Real Time Sharing Right and which has transcended the original tourist destination of the affectation, extending it for industrial, commercial and other purposes. It has also been included as objects of this Legal Relationship, which in the previous law were only buildings affected by accommodation, and which currently can also be real estate with other destinations, or movable things, such as boats, automobiles, medical equipment, etc. Without prejudice to the affectation of Timeshare as Real Right, rental and other personal rights are also allowed on the shifts of use.

PALABRAS CLAVE: tiempo compartido. condominio con indivisión forzosa perpetua. uso periódico y por turnos.

KEY WORDS: time shared. condominium with perpetual forced indivision. periodic and shift uses.

¹ Berrotarán, José, Profesor Adjunto de Privado V (Derechos Reales) Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba

I.- Introducción

Las necesidades de la sociedad impulsan los cambios del Derecho:

Las normas jurídicas tienen como finalidad organizar la convivencia en las sociedades humanas.

Deben regular el funcionamiento del Estado y la prestación por éste de servicios esenciales, y también la actividad libre de los particulares en busca de aprovechar las cosas y los bienes disponibles para su utilización e intercambio, o agregándoles valor y buscando formas individuales o asociativas de realizar la utilización, mejoramiento y comercialización de los bienes.

El uso del suelo es una de las formas en que se manifiesta esta actividad de los particulares, que puede ser regulada por Derechos Personales o por Derechos Reales

II.- Desarrollo

En Roma, y en otras civilizaciones antiguas, se habrían conocido formas de viviendas exclusivas de distintas personas, independientes entre sí, en edificaciones divididas por pisos.

1.1. La división de los edificios por pisos y departamentos en el CC. derogado, en la Ley 13512 de 1948, y en el CCCN.:

Esta división de las edificaciones por pisos fue prohibida como Derecho Real en el CC. derogado, en el art. 2617, por entender el legislador, que sería fuente de innumerables litigios.

Sin embargo, el crecimiento de los centros urbanos y la necesidad de concentrar la población, aprovechando al máximo la disponibilidad del suelo, han terminado por imponer, en los últimos siglos, en todo el mundo, la división de las edificaciones por pisos y departamentos, y otras formas similares de utilización del territorio.

La Propiedad Horizontal, como Derecho Real, cuyo objeto es la propiedad, uso y disposición de partes privativas y comunes de inmuebles edificados, fue legitimada en la República Argentina en el año 1948, con la sanción de la Ley N° 13512, cuya excelencia normativa ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, y también por el actual CCCN. que la conserva entre sus instituciones como un Derecho Real, manteniendo casi la totalidad de sus contenidos esenciales, e incorporando otras nuevas formas de la misma.

El CCCN. agrega, al régimen de la Propiedad Horizontal propiamente dicho, otras nuevas modalidades: los Conjuntos Inmobiliarios, el Tiempo Compartido, y los Cementerios Privados, en cada uno de los cuales se establecen normas especiales que modifican la estructura tradicional de la Propiedad Horizontal.

1.2. El régimen de la Propiedad Horizontal como supletorio del correspondiente a los Conjuntos Inmobiliarios, al Tiempo Compartido, y a los Cementerios Privados:

En el CCCN. el régimen de la Propiedad Horizontal tradicional es supletorio de la estructura legal de estos nuevos Derechos Reales, que son los Conjuntos Inmobiliarios, el Tiempo Compartido, y los Cementerios Privados.

1.3. Los regímenes del Dominio, del Condominio, y del Condominio con Indivisión Forzo-

sa Perpetuo, son a su vez supletorios de la Propiedad Horizontal:

Los respectivos regímenes legales del Dominio, del Condominio, y especialmente del Condominio con Indivisión Forzosa Perpetua, son supletorios de la Propiedad Horizontal, sin perjuicio de la autonomía que a su vez tiene ésta, por las numerosas diferencias específicas de su estructura legal con las de los derechos que la complementan.

La doctrina mayoritaria entendió que, aunque la Ley 13512 no establecía expresamente que las normas del Dominio, del Condominio, y del Condominio con Indivisión Forzosa fuesen supletorias de la Propiedad Horizontal tradicional en todo lo que no estuviera expresamente modificado en el régimen de la misma, esto era así.

La definición de la Propiedad Horizontal propiamente dicha, y las normas correlativas, ponen de manifiesto su conexidad con el Dominio, con el Condominio, y con el Condominio con Indivisión Forzosa Perpetuo:

“Concepto. La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio..” (art. 2037, primera parte, del CCCN.)

1.4. El Dominio puede ser imperfecto cuando está sujeto a condición o plazo resolutorio, o a desmembraciones o gravámenes, pero esta situación es siempre precaria, porque en algún momento el Dominio recobraría su perpetuidad y libertad:

Si comenzamos comparando la definición de la Propiedad Horizontal con la del Dominio Perfecto (es decir aquél que no está sujeto a gravámenes ni a plazos o condiciones resolutorias), veremos su simetría:

“Dominio perfecto. El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. (art. 1941, primera parte, del CCCN.)

Tanto el Dominio, como el Condominio y la Propiedad Horizontal son Derechos Reales, y todos ellos dan a su titular facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, ya sea sobre la totalidad, o sobre una parte material o alícuota de la misma.

1.5. Convenios de uso exclusivo de parte de una cosa en Condominio, o de uso sucesivo y alternado:

El Condominio, para ser tal, debe tener dos o más titulares que lo comparten, por partes indivisas.

Sin embargo, el CCCN. autoriza convenios de uso exclusivo de partes de la cosa en condominio, y también su uso alternado y sucesivo.

En la Propiedad Horizontal, el derecho del titular recae sobre partes privativas de un edificio (como en el Dominio) y sobre sus partes comunes (como en el Condominio, ver art. 2037 antes transcripto).

1.6. Caracteres comunes que comparten el Dominio y la Propiedad Horizontal:

Tanto el Dominio, como la Propiedad Horizontal, son perpetuos, exclusivos, excluyentes, y tienen elasticidad (o sea que si son gravados, el gravamen se extinguirá necesariamente en algún momento y el titular del Dominio recobrará la plenitud de sus

facultades).

Se presume, salvo prueba en contrario, que el Dominio es perfecto, o sea, perpetuo y libre de gravámenes:

“El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.” (art. 1941, última parte, del CCCN.)

En consecuencia, la misma presunción se aplicará también a la Propiedad Horizontal.

1.7. Límites del carácter de perpetuidad de la Propiedad Horizontal:

En el caso de la Propiedad Horizontal, el carácter de perpetuidad de este derecho está limitado por la vetustez del edificio afectado, que opera como una condición resolutoria, salvo que los consorcistas, por mayoría absoluta, resuelvan la reconstrucción de lo edificado:

“Grave deterioro o destrucción del edificio. En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, la asamblea por mayoría que represente más de la mitad del valor, puede resolver su demolición y la venta del terreno y de los materiales, la reparación o la reconstrucción.” (art. 2055, primera parte, del CCCN.)

También podría extinguirse la Propiedad Horizontal si los consorcistas, por acuerdo unánime, resolvieran su desafectación.

La última parte del art. 2044 del CCCN. establece que la forma de la desafectación deberá ser por escritura pública, o por sentencia judicial, debiendo entenderse que la causal de desafectación podrá ser tanto por vetustez del edificio, como por acuerdo unánime de los propietarios.

La desafectación judicial del régimen de Propiedad Horizontal procedería, por ejemplo, en el caso de que, siendo menor de edad, o incapaz, uno de los consorcistas, se otorgase una venía supletoria para el acuerdo de desafectación, en un juicio contencioso en el que hubieran intervenido todos los propietarios; o en caso de grave deterioro del edificio, cuando se judicializase la asamblea:

“La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscrita en el registro inmobiliario.” (art. 2044, última parte, del CCCN.)

1.8. Las partes comunes de un edificio afectado a la Propiedad Horizontal son de indivisión forzosa perpetua, y accesorias e inescindibles de las unidades privativas:

El condominio sobre las partes comunes de un edificio afectado a la Propiedad Horizontal será de Indivisión Forzosa y Perpetua, que además, en este derecho real, será accesorio e inescindible de las partes privativas del edificio.

Para remarcar la indivisibilidad entre sí de las partes privativas y comunes que conforman un edificio afectado a la Propiedad Horizontal, el CCCN. dice que estas partes propias y comunes serán interdependientes, inseparables, indivisibles, e inescindibles:

“Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible.” (art. 2037, última parte, del CCCN.)

2.1. Algunas partes comunes de un edificio sometido a la Propiedad Horizontal son indispensables para la seguridad o el uso del conjunto:

Más aún: tanto en la anterior Ley 13512, como en el actual CCCN., el legislador señala que muchas de las partes comunes de un edificio sometido a la Propiedad Horizontal son indispensables para la seguridad o para el uso del conjunto:

“La propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más unidades complementarias destinadas a servirla.” (art. 2039 del CCCN.)

En resumen: las partes privativas y comunes de un edificio afectado a la Propiedad Horizontal son entre sí interdependientes, inseparables, indivisibles, inescindibles, y pueden ser también indispensables.

2.2. El régimen de la Propiedad Horizontal es supletorio del régimen de los Conjuntos Inmobiliarios:

Las propiedades de la Propiedad Horizontal tradicional son supletorias y se aplican a sus modalidades llamadas Conjuntos Inmobiliarios, Tiempo Compartido y Cementerios Privados.

Comencemos con las normas que establecen la remisión para los Conjuntos Inmobiliarios.

El carácter supletorio del régimen de la Propiedad Horizontal aplicable a los Conjuntos Inmobiliarios, está impuesto expresamente en el art. 2075 del CCCN.:

“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.” (art. 2075 del CCCN.)

En esta norma se hace expresa remisión al régimen de la Propiedad Horizontal tradicional como derecho supletorio para los Conjuntos Inmobiliarios, con las modificaciones que tenga en particular el régimen especial de esta modalidad.

2.3. Para el Tiempo Compartido y los Cementerios Privados, el CCCN. remite indeterminadamente a “los Derechos Reales” como normas supletorias:

Tanto las normas del Tiempo Compartido, como las de los Cementerios Privados, reenvían a los Derechos Reales en general como regímenes supletorios.

Esta remisión genérica crea un problema de indeterminación que deberemos resolver individualizando cuáles serán, en cada caso, los derechos reales que se deberán aplicar como normas supletorias, y cuál será su orden de prelación para la integración del régimen del Tiempo Compartido o de los Cementerios Privados:

“Derecho real del adquirente de tiempo compartido. Al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales.” (art. 2101 del CCCN.)

La norma de remisión al derecho supletorio para los Cementerios Privados es casi idéntica a la anterior:

“Derecho real de sepultura. Al derecho de sepultura sobre la parcela se le apli-

can las normas sobre derechos reales.” (art. 2112 del CCCN.)

La interpretación de estas normas de remisión resulta dificultosa: ¿Cuál es el Derecho Real que deberá aplicarse supletoriamente al Tiempo Compartido y a los Cementerios Privados, y cuál es el orden jerárquico en el que debe realizarse la integración?

2.4. Orden de aplicación, al Tiempo Compartido y a los Cementerios Privados, de las normas de otros Derechos Reales supletorios:

La ubicación metodológica en el CCCN. del Tiempo Compartido y de los Cementerios Privados (todas las modalidades de la Propiedad Horizontal Especial se legislan en el Título VI del Libro IV del código mencionado), nos señala una primera referencia para comenzar a ordenar la remisión del Tiempo Compartido y de los Cementerios Privados “a los derechos reales”.

Primero debe aplicarse como derecho supletorio el régimen de los Conjuntos Inmobiliarios propiamente dichos (a ellos se refiere el Título VI antes mencionado), a su vez, como ya lo he señalado anteriormente, los Conjuntos Inmobiliarios tienen como derecho supletorio el régimen de la Propiedad Horizontal, y ésta a su vez, tiene como regímenes supletorios los del Dominio, del Condominio, y del Condominio con Indivisión Forzosa Perpetua.

Tomando como base esta interpretación integradora del régimen del Tiempo Compartido dentro de los demás Derechos Reales que le son supletorios, vamos a comenzar a analizar su propia estructura legal.

2.5. Los inmuebles sometidos al régimen de la Propiedad Horizontal, o de los Conjuntos Inmobiliarios, son uno de los objetos sobre los que puede recaer el Tiempo Compartido, pero este Derecho Real también puede afectar cosas muebles:

Básicamente, el Tiempo Compartido está previsto para ser utilizado, como una forma de la Propiedad Horizontal o de los Conjuntos Inmobiliarios, y como tal, recae sobre inmuebles edificados o a edificar, que se dividen en partes privativas y comunes, y puede afectar las cosas muebles accesorias que resulten necesarias para el cumplimiento del destino al que se afectó el inmueble.

Pero el Tiempo Compartido también puede recaer exclusivamente sobre cosas muebles, en cuyo caso estará fuera del régimen de la Propiedad Horizontal, pero dentro del régimen de los Derechos Reales, como un Condominio de Indivisión Forzosa Perpetuo, destinado al uso periódico y por turnos de la cosa.

Sin perjuicio de esto, el Tiempo Compartido también puede constituirse como un Derecho Personal.

2.6. La Ley N° 26356 de “Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido” (STTC) fue la fuente del régimen de Tiempo Compartido del CCCN.:

El CCCN. trata el Tiempo Compartido como una modalidad de la Propiedad Horizontal, pero deja abierta la posibilidad de constituirlo como un Condominio de Indivisión Forzosa Perpetuo sobre cosas muebles, dentro de los Derechos Reales, o de realizar la afectación al uso periódico y por turnos, tanto de muebles como de inmuebles, bajo el régimen de los Derechos Personales.

2.7. Sistemas del Derecho Real de Tiempo Compartido que tienen como objeto cosas muebles o inmuebles:

La fuente tomada por el legislador para redactar las normas actuales del Tiempo Compartido en el CCCN., fue la Ley 26356 del año 2008, que regulaba el “Contrato de Tiempo Compartido” del que resultaban los “Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido” (STTC), pensado principalmente para finalidades turísticas y vacacionales, pero con independencia de los derechos que se constituyesen o transmitiesen por estos contratos (que en consecuencia podían ser causa tanto de Derechos Reales como de Derechos Personales) y de los regímenes aplicables a las cosas que pudieran ser su objeto (registrables o no registrables):

“Ámbito de aplicación. La presente ley regula los Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (STTC), con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyan o transmitan y del régimen legal al que se encuentren sometidos los bienes que los integran.” (art. 1 Ley 26356)

La ley especial de Contratos de Tiempo Compartido (Nº 26356) ha sido derogada por el CCCN. parcialmente, en sus Títulos III, IV, V y IX, pero se mantiene en vigencia en la normativa subsistente.

Sin desconocer que se pueden establecer convencionalmente regímenes de Tiempo Compartido como Derechos Personales, en este estudio nos vamos a ocupar exclusivamente de los Regímenes de Tiempo Compartido como Derechos Reales, que encuadraremos como una forma especial de la Propiedad Horizontal, y que como lo he dicho, tiene como derecho supletorio, en todo lo que no esté modificado por esta estructura especial, las normas de la Propiedad Horizontal tradicional (Título V del Libro IV del CCCN.), o también las del Condominio de Indivisión Forzosa y Perpetuo sobre cosas muebles afectadas a un uso sucesivo y alternado, o como dice la ley, “por turnos periódicos”.

Debe tenerse en cuenta que el legislador ha trascendido, en el CCCN. el destino meramente turístico del Tiempo Compartido al que apuntaba la Ley 26356, y que también ha abierto la posibilidad de que este Derecho Real recaiga exclusivamente sobre cosas muebles (ya sean registrables o no) con otros destinos librados a la autonomía de la voluntad y a la naturaleza de las cosas que sean objeto de este derecho:

“Bienes que lo integran. Con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos, el tiempo compartido se integra con inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de éstos sea compatible con los fines mencionados.” (art. 2088 del CCCN.)

Cuando el Tiempo Compartido recae sobre un inmueble sometido a la Propiedad Horizontal o que forma parte de un Conjunto Inmobiliario, para que sea posible el uso sucesivo y alternado del mismo como Derecho Real, es necesario que cada unidad funcional, o el conjunto de las unidades privativas afectadas al Sistema, tengan dos o más propietarios que las usen periódicamente y por turnos.

Si el Tiempo Compartido recae sobre una cosa mueble, que, obviamente, no podrá ser objeto de un Derecho de Propiedad Horizontal, la misma deberá estar en Condominio entre dos o más personas que también se turnarán para su uso.

2.8. El principal problema de las comunidades sobre bienes afectados al Derecho Real de Tiempo Compartido, es la eventualidad de la partición:

El principal problema del estado de Condominio entre varios titulares del Tiempo Compartido, es que este Derecho Real es esencialmente inestable, porque está sometido a que se pida su partición en cualquier momento.

Inclusive, las indivisiones forzosas temporarias, que pueden ser convencionales o judiciales, están sujetas a plazos máximos legales:

“Convenio de suspensión de la partición. Los condóminos pueden convenir suspender la partición por un plazo que no exceda de diez años. Si la convención no fija plazo, o tiene un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. El plazo que sea inferior a diez años puede ser ampliado hasta completar ese límite máximo.” (art. 2000 del CCCN.)

Cuando la indivisión temporaria del Condominio es ordenada judicialmente, esto solamente puede fundamentarse en que la partición resultaría nociva para los intereses de los condóminos:

“Partición nociva. Cuando la partición es nociva para cualquiera de los condóminos, por circunstancias graves, o perjudicial a los intereses de todos o al aprovechamiento de la cosa, según su naturaleza y destino económico, el juez puede disponer su postergación por un término adecuado a las circunstancias y que no exceda de cinco años. Este término es renovable por una vez.” (art. 2001 del CCCN.)

2.9. Causas de indivisión forzosa perpetua de las cosas en condominio:

El problema se soluciona en el CCCN. porque se establece el carácter de perpetuidad del Tiempo Compartido, que modifica el régimen del Condominio Ordinario o de Reparto, que, si no hubiera una causal de indivisión forzosa, estaría siempre sujeto a la partición.

La afectación de una cosa al Derecho Real de Tiempo Compartido opera como una causal de indivisión forzosa perpetua.

El art. 2089 del CCCN. requiere para la afectación del “objeto” (tanto muebles como inmuebles) al Tiempo Compartido, su finalidad de aprovechamiento periódico y por turnos:

“Afectación. La constitución de un tiempo compartido requiere la afectación de uno o más objetos a la finalidad de aprovechamiento periódico y por turnos, la que, en caso de tratarse de inmuebles, debe formalizarse por escritura pública, que debe contener los requisitos establecidos en la normativa especial.” (art. 2089 del CCCN.)

La indivisión forzosa y perpetua del Condominio está prevista por el CCCN. para este Derecho Real, siempre que existan causas que la justifiquen, como por ejemplo, las cosas en Condominio que sean accesorias a dos o más inmuebles de distintos propietarios, y que resulten necesarias para la utilización de las fincas:

“Indivisión forzosa sobre accesorios indispensables. Existe indivisión forzosa cuando el condominio recae sobre cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades que pertenecen a diversos propietarios. Mientras subsiste la afectación, ninguno de los condóminos puede pedir

la división.” (art. 2004 del CCCN.)

3.1. Cuando se afecta una cosa al Derecho Real de Tiempo Compartido, el titular puede establecer libremente el plazo de duración:

En el caso del Tiempo Compartido, la ley autoriza el uso sucesivo y alternado de una cosa en Condominio (ya sea que este Condominio recaiga sobre una unidad funcional en un inmueble en Propiedad Horizontal, o en un Conjunto Inmobiliario, o sobre una cosa mueble registrable o no registrable), pudiendo los titulares de este Condominio, en el acto de afectación al Tiempo Compartido, establecer libremente su plazo de duración, sin estar sujetos a los plazos máximos resolutorios del Condominio de Reparto.

En consecuencia, el Derecho Real de Tiempo Compartido, que hemos definido por su finalidad de uso periódico y por turnos sobre un edificio sometido a Propiedad Horizontal, o sobre un Conjunto Inmobiliario, o sobre una cosa mueble en Condominio, es perpetuo, salvo que se disponga lo contrario en el título, sujetándolo a una condición o plazo resolutorio, y no se extingue por el no uso, ni está sujeto a un plazo máximo establecido por la ley.

3.2. El Dominio no pierde su carácter de perpetuidad por estar sometido a condiciones o plazos resolutorios de origen contractual o testamentario:

Al igual que el Dominio, que puede ser imperfecto, el Tiempo Compartido podrá, eventualmente, estar sometido por su título de afectación, a condiciones o plazos resolutorios establecidos libremente por su titular.

La extinción del Tiempo Compartido por vencimiento del plazo fijado en el contrato (u oferta de contrato) de su afectación, es una situación diferente de la que se presenta en otros Derechos Reales para los que existe de un plazo máximo resolutorio en la ley, ya que si no se ha previsto en el título la resolución, no se aplica supletoriamente ningún plazo máximo legal de duración.

3.3. La libre voluntad de los titulares del Tiempo Compartido puede establecer otras causales de extinción de este Derecho Real, o impedir el cumplimiento de condiciones resolutorias legales:

Las otras causales de extinción del Tiempo Compartido son también potestativas de sus titulares, vale decir, si no hay enajenaciones de partes alícuotas sobre el Condominio destinado a su uso por turnos (que el CCCN. llama “derechos de uso”), o si se han rescindido todas las enajenaciones que hubieran habido, el propietario (o los propietarios) del objeto afectado, podrán desafectarlo.

Inclusive, aunque el art. 2099 del CCCN., que enumera las causas de extinción del Tiempo Compartido, no lo haya previsto, si todos los usuarios y el, o los propietarios, de la cosa afectada estuvieran de acuerdo, se podría desafectar el objeto.

Claro que la desafectación implicaría la rescisión voluntaria de todos los derechos de los usuarios, lo que podría ser causa de las compensaciones correspondientes, pero siempre estaríamos frente a un modo de extinción voluntario resultante del acuerdo de la totalidad de los titulares de este Derecho Real.

Finalmente, la vetustez del edificio afectado al Tiempo Compartido sobre una Propiedad

Horizontal, sería una condición resolutoria legal, que también se presentaría en caso de un deterioro grave, si el objeto del Tiempo Compartido fuera una cosa mueble en Condominio.

Pero esta causa legal de caducidad del Tiempo Compartido podría ser redimida si todos los titulares acordasen en reparar o reconstruir el objeto de esta Relación Jurídica.

3.4. En el caso de que el objeto de un Tiempo Compartido fuera un inmueble en Propiedad Horizontal, la mayoría absoluta de los titulares podría evitar la extinción por vetustez, conviniendo la reconstrucción:

Si el Tiempo Compartido estuviera asentado sobre un inmueble sujeto al régimen de la Propiedad Horizontal, se podrían aplicar supletoriamente las normas previstas para evitar la extinción del sistema en el caso de vetustez del edificio, pudiendo la mayoría absoluta de los consorcistas, resolver la reconstrucción del objeto del Tiempo Compartido.

En el caso de que el objeto fuera una cosa mueble en Condominio, no sería posible la aplicación supletoria de las normas de la Propiedad Horizontal, por lo que la reparación o reconstrucción solamente podría ser resuelta por la unanimidad de los condóminos, pero en todos los casos, resultaría que la condición resolutoria por vetustez estaría sujeta, a la voluntad, ya sea unánime o mayoritaria, de los titulares de este Derecho Real:

“Extinción. La extinción del tiempo compartido se produce: a) por vencimiento del plazo previsto en el instrumento de afectación; b) en cualquier momento, cuando no se han producido enajenaciones, o se han rescindido la totalidad de los contratos, circunstancia de la que se debe dejar constancia registral; c) por destrucción o vetustez.” (art. 2099 del CCCN.)

Cuando se afecta un inmueble, o una cosa mueble registrable o no registrable, a su uso sucesivo y alternado entre varios titulares de Derechos Reales sobre el objeto, se establece la indivisibilidad de este Condominio, salvo que en el título se disponga lo contrario, o que convencionalmente y por unanimidad, todos los titulares de este Condominio resuelvan posteriormente su desafectación, o que se produzca la destrucción grave del objeto sin que los titulares acuerden su reparación.

3.5. Convenios de uso alternado y sucesivo sobre cosas en Condominio en el CCCN.:

En el régimen del Condominio del CCCN., y sin apartarse de la posibilidad de pedir la partición en cualquier momento, o de suspenderla por plazos muy breves, se ha previsto la validez de convenios de uso sucesivo o alternado entre los condóminos, o de uso exclusivo y excluyente por distintos condóminos de partes de la cosa común:

“Convenio de uso y goce. Los condóminos pueden convenir el uso y goce alternado de la cosa común o que se ejercite de manera exclusiva y excluyente sobre determinadas partes materiales.” (art. 1987 del CCCN.)

El Tiempo Compartido permite, además del uso sucesivo y alternado de la cosa en condominio afectada, que este Condominio sea de indivisión forzosa y perpetua.

3.6. El problema de la afectación de cosas muebles (registrables y no registrables) al Derecho Real de Tiempo Compartido:

Abella y Mariani de Vidal plantean como dudosa la posibilidad de afectar al Tiem-

po Compartido una cosa mueble, poniendo como ejemplo el caso de un aparato médico de alta complejidad, que pudiera ser destinado para su uso periódico y por turnos:

“Y a esta altura debemos puntualizar que las disposiciones de los artículos 2091 y 2097 impresionan como principalmente vinculadas con el derecho de tiempo compartido que involucre inmuebles afectados a su uso periódico y por turnos para el alojamiento u hospedaje, y será con dificultad que se podrán proyectar para el caso de que se trate de otros bienes y otros destinos (hipótesis que el Código admite). Pues por ejemplo, un aparato de alta complejidad para tratamientos médicos (que tal vez tenga un enorme valor) podría muy bien someterse al régimen del TC en el esquema del Código y esta situación no parece ser la adecuada para hacer jugar todas las disposiciones citadas.” (Abella, Adriana; Mariani de Vidal, Marina, “Derecho Reales en el Código Civil y Comercial”, editorial Zavalía, Bs. As. 2016, Tomo I, pág. 341, ISBN 978-950-572-912-8)

Lo que posiblemente visualizan estas autoras como una incompatibilidad para que las cosas muebles sean objeto del Tiempo Compartido, es la exigencia de su inscripción en el registro de prestadores de servicios turísticos, o la designación de un administrador para una cosa mueble de uso periódico que solamente pertenezca a dos condóminos.

Pero estas, en definitiva, son cuestiones que resultarán de cada caso en particular, al que se deberá adaptar la estructura legal del Tiempo Compartido considerando las circunstancias de los sujetos, del objeto y de los fines de la afectación.

Tomemos por ejemplo el caso de una casa rodante (“motor home”) de propiedad de varios condóminos, que sus titulares afectaran a un uso periódico y por turnos, que podría tener finalidades vacacionales, o de un conjunto de automotores de este tipo, cuyos condóminos afectaran al mismo destino, y donde se justificaría plenamente el control de la autoridad de aplicación, especialmente si se hiciera oferta al público para la enajenación de los turnos, ya fuera bajo la modalidad de venta de partes alícuotas en el condominio de una unidad o de un conjunto de unidades, o bajo la modalidad de Derechos Personales, como el alquiler de los turnos.

No se advierte que el art. 2091 del CCCN., en el que fundamentan sus objeciones Abella y Mariani, pueda ser un obstáculo para la afectación de una cosa mueble en Condominio al Tiempo Compartido, ya que dicha norma solamente condiciona la constitución del sistema, a que los titulares que van a realizar la afectación tengan la libre disposición de sus bienes, y que los bienes estén a su vez, libres de gravámenes:

“Requisitos. Los bienes deben estar libres de gravámenes y restricciones. El emprendedor, el propietario, el administrador y el comercializador no deben estar inhibidos para disponer de sus bienes. El propietario puede constituir hipoteca u otro gravamen con posterioridad a la inscripción de la escritura de afectación, con los efectos previstos en el artículo 2093.” (art. 2091 del CCCN.)

3.7. Las distintas funciones del administrador del Tiempo Compartido, según que el objeto de la afectación sean cosas muebles o inmuebles:

El art. 2097 del CCCN. que mencionan Abella y Mariani de Vidal como de dudosa aplicación al Tiempo Compartido sobre una cosa mueble, establece los deberes del administrador del Tiempo Compartido, los que deberán adecuarse a la naturaleza del bien que sea objeto de este derecho real, y a su destino de afectación.

Si se tratase de una casa de veraneo de propiedad de tres condóminos que la afectasen al Tiempo Compartido para usarla por turnos, la tarea del administrador sería más sencilla que si el objeto fuera un complejo de cien cabañas con cincuenta y dos turnos anuales por cabaña, pero siempre sería necesario designar un administrador.

Tratándose de un emprendimiento familiar, posiblemente se designaría administrador a uno de los condóminos, pero la ley establece como necesario este órgano para asegurar el funcionamiento del sistema.

3.8. El requisito de la inscripción de los Derechos Reales de Tiempo Compartido en el Registro de Prestadores de la Secretaría de Turismo:

El otro tema conflictivo mencionado es el de la exigencia de la inscripción de los Sistemas de Tiempo Compartido en el Registro de Prestadores de servicios turísticos:

Si el Condominio recae, por ejemplo, sobre un equipo médico de diálisis, y se ha previsto su uso por los titulares en turnos fijos o flotantes, como el art. 2092 del CCCN. requiere la inscripción del título de esta afectación en el Registro de Prestadores y Establecimientos de Tiempo Compartido, esto podría resultar cuestionable, ya que ese registro, dependiente de la Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación, actualmente dependiente del Ministerio de Bienestar Social, tiene fines principalmente turísticos y vacacionales, pero ningún daño causaría la inscripción del Tiempo Compartido de nuestro equipo de diálisis en el mismo, y además, el pedido de inscripción permitiría algún control y publicidad sobre la afectación, y con mayor razón, si se pretendiera comercializar al público en general la venta o locación de los turnos.

Además, la misma norma (art. 2092) exige también la inscripción del instrumento de afectación de bienes a un Sistema de Tiempo Compartido "en los respectivos registros de la propiedad", ya sean estos registros de inmuebles, de automotores, o de otros bienes:

"Inscripción. El instrumento de afectación debe ser inscripto en el respectivo Registro de la Propiedad y en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido previsto en la ley especial, previo a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial." (art. 2092 del CCCN.)

Sería deseable que el legislador (que ha abierto el sistema de Tiempo Compartido para otros fines no vinculados al turismo) reconsiderara quién debería ser la autoridad de aplicación para el control y registro de prestadores de Tiempo Compartido con fines industriales, medicinales, o comerciales, pero esto no sería obstáculo para la inscripción actual en el registro existente de afectaciones con finalidades turísticas, hasta tanto se realicen los ajustes operativos que serán necesarios si esta nueva herramienta legal (TC) comienza a ser utilizada masivamente.

Si se han extendido las finalidades de la afectación al Tiempo Compartido para otros propósitos, debe considerarse también que la registración de Prestadores de Tiempo Compartido también ha sido extendida para esos otros fines.

3.9. La interpretación restrictiva del art. 2092 del CCCN.:

La norma del art. 2092 podría interpretarse también en el sentido de que la inscripción en el Registro de Prestadores de Tiempo Compartido solamente sería exigible cuando se realizase oferta pública de los turnos para su adquisición por terceros, ajenos

al propietario o a los condóminos fundadores, lo que no ocurriría en el ejemplo de dos o más médicos que siendo propietarios en Condominio de un equipo de diálisis, lo afectan a su uso periódico y por turnos, y sin ofrecer masivamente a terceros la adquisición de partes alícuotas en ese Condominio y en los turnos correspondientes, ni tampoco cesiones de uso de los turnos bajo el régimen de Derechos Personales.

En esta línea de interpretación, la falta de inscripción del Tiempo Compartido en el Registro de Prestadores, recién produciría efectos si se realizaran “anuncios, ofrecimientos o promociones comerciales” para la enajenación del uso periódico del objeto, ya fuera como derecho real o personal.

La afectación del mencionado equipo médico de diálisis del ejemplo propuesto, al Derecho Real de Tiempo Compartido, tendría como efecto principal que el Condominio sobre la cosa sería indivisible a perpetuidad o por los plazos que convinieran los condóminos.

Distinto sería el caso de un Condominio (sobre cosas muebles o inmuebles), aunque se hubiese convenido su uso por turnos, pero que no estuviera afectado al estatuto del Tiempo Compartido, porque cualquier condómino podría solicitar, en cualquier momento una partición intempestiva, en caso de no haberse pactado la indivisión, o que, si se hubiese pactado la indivisión temporaria, pero sin ampararse en el sistema del Tiempo Compartido, esta indivisión estaría sujeta a los plazos máximos establecidos para los pactos de indivisión del Condominio, o a que, aun cuando el plazo de la indivisión convenido estuviera vigente, éste pudiese ser reducido por un juez, si la indivisión resultase nociva para algún condómino.

4.1. Avatares de los contratos de arrendamiento de turnos de uso de un bien como derechos personales:

Si el convenio de uso periódico por turnos se hiciera bajo el estatuto de los Derechos Personales, y la propiedad del objeto fuera de un titular único, siempre estaría pendiente el riesgo de que el titular enajenase, o de que falleciese, y que el sucesor particular, o sus herederos tomasen su lugar en el contrato, o de que la propiedad del objeto de este convenio de uso sucesivo y alternado, fuese transferida a un tercero por una venta forzosa en un proceso de ejecución promovido por los acreedores del titular.

En el caso del ejemplo propuesto, de un aparato médico de gran valor, cualquier acuerdo de uso compartido sería “*intuitaepersonae*”, ya que podría convenirse en el reglamento de afectación, que los usuarios de los turnos deberían ser también médicos, y además, que sus respectivas capacitaciones profesionales y cualidades personales deberían ser reconocidas por todos los demás usuarios.

Ninguno de estos avatares ocurriría si se hubiesen enajenado partes alícuotas sobre el Condominio de la cosa afectada al Derecho Real de Tiempo Compartido, porque el adquirente con título y modo suficientes, y con la debida publicidad, sería dueño exclusivo en su participación en el Condominio, y ni el enajenante, ni sus herederos, ni sus acreedores podría hacer ningún reclamo sobre el objeto.

4.2. El art. 2088 del CCCN. autoriza expresamente que las cosas muebles puedan ser objeto del Derecho Real de Tiempo Compartido:

Las cosas muebles pueden ser objeto del Derecho Real de Tiempo Compartido,

debiendo adecuarse estas Relaciones Jurídicas a la naturaleza de la cosa sobre la que recaen, y al destino previsto para la misma:

“Bienes que lo integran. Con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos, el tiempo compartido se integra con inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de éstos sea compatible con los fines mencionados.” (art. 2088 del CCCN.)

Los fines del Derecho Real de Tiempo Compartido son amplios, y su única limitación es que se adecuen a la naturaleza y destino normal de la cosa, mueble o inmueble, que sea su objeto:

“Concepto. Se considera que existe tiempo compartido si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino.” (art. 2087 del CCCN.)

La enumeración de la norma es enunciativa: además de los fines de turismo y hospedaje, el Tiempo Compartido puede tener fines comerciales o industriales, u otros fines.

4.3. Derechos Reales incompatibles con el Tiempo Compartido:

No pueden aplicarse al Tiempo Compartido las normas correspondientes al Usufructo, porque la exigencia de este derecho, cuando tiene varios titulares, es que éstos realicen su ejercicio en forma “conjunta y simultánea” lo que sería absolutamente incompatible con un ejercicio “periódico y por turnos”:

“Usufructo a favor de varias personas. El usufructo puede establecerse conjunta y simultáneamente a favor de varias personas. Si se extingue para una subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto si en el acto constitutivo se prevé lo contrario. No puede establecerse usufructo a favor de varias personas que se suceden entre sí, a menos que el indicado en un orden precedente no quiera o no pueda aceptar el usufructo.” (art. 2132 del CCCN.)

Obviamente, tampoco son aplicables al Tiempo Compartido las normas del Uso o la Habitación, ni las de los Derechos Reales de Garantía.

Sin embargo, las normas de las servidumbres prediales, pueden ser supletorias del Tiempo Compartido, cuando por ejemplo, se establece un derecho real de uso periódico y por turnos sobre una servidumbre de acueducto que afecta varios fundos sirvientes de distintos titulares.

4.4. Legitimación para afectar una cosa al Derecho Real de Tiempo Compartido:

Pasemos a otro tema: la legitimación para afectar una cosa al Sistema de Tiempo Compartido.

Sin duda sólo puede realizar esta afectación quién sea propietario de la cosa que será objeto del Tiempo Compartido: el titular de Dominio y la totalidad de los titulares de Condominio.

En el caso de la Propiedad Horizontal y de los Conjuntos Inmobiliarios, se podría afectar una única unidad privativa al destino de Tiempo Compartido, o también la totalidad de

un edificio, o de un conjunto de edificios o cabañas y sus accesorios a este sistema.

En el caso de afectarse un edificio o un conjunto de edificaciones, la afectación debería ser convenida por la totalidad de los propietarios.

La afectación de una unidad privativa única no es una hipótesis irrazonable: pongamos por ejemplo el caso de varios hermanos que heredasen un departamento en la costa atlántica y que resolviesen conservarlo en condominio y afectarlo al Tiempo Compartido para alternar su uso periódico y por turnos, durante un periodo de treinta años.

4.5. Legitimación del titular de un Derecho de Superficie para afectar las construcciones, existentes o a realizar, al Tiempo Compartido:

También está legitimado el titular de un Derecho de Superficie, ya sea que esté edificado o por edificar, si piensa comercializar por turnos el uso de las mejoras existentes o que se obliga a efectuar.

Una particularidad del Tiempo Compartido es que, para la afectación de un bien a este sistema, se exige que el propietario asuma el carácter de emprendedor (y las obligaciones inherentes a esta condición), o si el propietario no asume este rol, que intervenga en el acto de afectación y en su instrumentación otro sujeto que, sin ser propietario, asuma dicho carácter de emprendedor:

“Legitimación. El instrumento de afectación de un tiempo compartido debe ser otorgado por el titular del dominio. En el supuesto en que dicho titular no coincida con la persona del emprendedor, éste debe comparecer a prestar su consentimiento a la afectación instrumentada.” (art. 2090 del CCCN.)

4.6. Funciones del emprendedor en un Sistema de Tiempo Compartido:

En primer lugar, el emprendedor debe establecer el régimen de utilización y administración de las cosas y servicios que integran el Tiempo Compartido.

En realidad, estos son contenidos esenciales del reglamento de afectación, que si el objeto del sistema fuera un inmueble sometido a Propiedad Horizontal, sería una modalidad de un reglamento de Propiedad Horizontal tradicional, con afectación al Tiempo Compartido.

En consecuencia, estas cuestiones deberían haber sido establecidas en el acto de afectación al Tiempo Compartido, determinando los turnos del uso periódico de las cosas propias y comunes del edificio, y el régimen de administración.

Si el objeto fuera una cosa mueble en Condominio, los turnos del uso periódico del bien deberían haber sido establecidos necesariamente en el acto de afectación de esta cosa al Tiempo Compartido.

El emprendedor tiene la facultad – obligación de controlar el desempeño del administrador, al igual que se establece en cualquier reglamento de Propiedad Horizontal cuando se designa un Consejo de Administración para que controle al administrador.

Habría que ver si se aplican supletoriamente las normas de la Propiedad Horizontal al Tiempo Compartido, en cuanto a que la designación del Administrador en el reglamento

es temporaria y que, al cumplirse la condición o el plazo resolutorio que establece la ley para esta designación, la Asamblea puede nombrar un nuevo administrador, o confirmar el designado.

La cuestión es más complicada en el Tiempo Compartido, porque cuando se constituye el sistema para la posterior comercialización de los turnos de uso, se determina la cantidad de estos turnos y sus modalidades (fijos o flotantes), y recién cuando se han enajenado un determinado porcentaje de estos turnos, el sistema podría adquirir autonomía operativa.

En tanto no se logre la colocación de una cantidad mínima de turnos, el sistema solamente podrá funcionar si el emprendedor cubre las expensas de los turnos vacantes.

4.7. La condición resolutoria de no haberse enajenado una determinada cantidad de turnos en un plazo también determinado en la parte derogada de la Ley 26356:

En la Ley 26356 se establecía que la afectación al Sistema de Tiempo Compartido podía estar sujeta a la condición resolutoria de que se enajenase determinado número de periodos de disfrute dentro de un plazo también determinado, no pudiendo exceder la cantidad de turnos a enajenar del cincuenta por ciento (50%) del total de los previstos para el sistema, ni ser el plazo para estas enajenaciones mayor de un año:

“Cuando la transferencia o constitución de derechos a favor de futuros usuarios quede condicionada a la enajenación de un número determinado de períodos de disfrute en un determinado lapso, éste no podrá exceder de UN (1) año, ni el mínimo de períodos podrá ser superior al CINCUENTA POR CIENTO (50%) del total de los períodos a comercializar.” (art. 6 Ley 26356)

4.8. La extinción del Tiempo Compartido cuando no ha habido ninguna enajenación de los turnos previstos en el CCCN.:

El art. 6 de la Ley 26356 antes transcrito, ha sido derogado por el CCCN., que solamente permite la extinción del sistema si no ha habido ninguna enajenación, o si se han resuelto la totalidad de las realizadas:

“Extinción. La extinción del tiempo compartido se produce: ..b) en cualquier momento, cuando no se han producido enajenaciones, o se han rescindido la totalidad de los contratos, circunstancia de la que se debe dejar constancia registral.” (art. 2099 del CCCN.)

Pero parece razonable pensar, que si se logra enajenar más del cincuenta por ciento de los turnos previstos en el reglamento, el sistema se torna operativo y podrá funcionar una Asamblea con los titulares de las partes alícuotas sobre el Condominio afectado a su uso por estos turnos, debiendo aplicarse supletoriamente el régimen de Asambleas de la Propiedad Horizontal.

Otros deberes - facultades del emprendedor son las de habilitar un registro de titulares (que debe supervisar la autoridad de aplicación) y garantizar el ejercicio de los derechos de los usuarios que resultan del reglamento, lo que obviamente, son tareas que corresponden al administrador.

Adviértase que el propietario (o los condóminos propietarios) que realizaron la afectación, pueden ser a la vez emprendedores, y también administradores:

“Deberes del emprendedor. Son deberes del emprendedor: a) establecer el régimen de utilización y administración de las cosas y servicios que forman parte del tiempo compartido y controlar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del administrador; b) habilitar un Registro de Titulares, que debe supervisar la autoridad de aplicación, en el que deben asentarse los datos personales de los usuarios y su domicilio, períodos de uso, el o los establecimientos a los que corresponden, tipo, extensión y categoría de las unidades, y los cambios de titularidad; c) garantizar el ejercicio del derecho de los usuarios, en la oportunidad y condiciones comprometidas.. (art. 2094, incs. a., b., y c., del CCCN.)

4.9. El emprendedor, como garante financiero del funcionamiento del Sistema de Tiempo Compartido:

Hasta acá, ninguna de las funciones mencionadas define al emprendedor, ya que son cuestiones que deben resultar del acto constitutivo (reglamento), o funciones específicas del administrador, salvo la última, de afrontar las expensas debidas por los turnos no comercializados, que es una garantía para la subsistencia del sistema.

El emprendedor debe pagar todas las expensas comunes (gastos necesarios para el funcionamiento del sistema) que correspondan a los turnos no enajenados:

“Deberes del emprendedor. Son deberes del emprendedor: d) abonar las cuotas por gastos del sistema de las unidades no enajenadas.” (art. 2094 del CCCN.)

Cuando el emprendedor es el propietario que afectó un bien al Tiempo Compartido, responde por estas obligaciones con el bien objeto del sistema y con todo el resto de su patrimonio.

Pero cuando el emprendedor no es el propietario, no responde con el bien afectado porque no le pertenece, y quienes adquieran los turnos no sabrán que solvencia tiene el emprendedor para asegurar el funcionamiento del sistema con su patrimonio personal, que desconocen.

Con mayor razón si el objeto es un inmueble a construir.

5.1. El Fideicomiso obligatorio como Garantía Real de la finalización de las obras, en un Tiempo Compartido sobre un inmueble a edificar, en la parte derogada de la Ley 26356:

La ley 26356, también en la parte que el CCCN. ha derogado, exigía al emprendedor la constitución de un Fideicomiso que garantizase la finalización de las obras, cuando el establecimiento (inmueble edificado) que iba a ser objeto del Tiempo Compartido, estuviese en construcción:

“Deberes del emprendedor. Son deberes del emprendedor:.. c) Garantizar mediante un fideicomiso el uso de los futuros usuarios, en la oportunidad y condiciones comprometidas, cuando el o los establecimientos vacacionales del STTC se encuentren en construcción.” (art. 19, inc. c., Ley 26356)

Esta garantía era insuficiente, ya que solamente duraría mientras el edificio afectado estuviese “en construcción” (en la Ley 26356 el Contrato de Tiempo Compartido debía recaer sobre edificios con fines vacacionales), porque el derecho adquirido por los usuarios no era solamente poder disponer de una edificación para comenzar a ejercer sus turnos, sino que el edificio, y los servicios accesorios necesarios para poder usar los turnos, es-

tuvieran funcionando.

Sin embargo, era una idea muy acertada exigir una garantía real de que el edificio en construcción iba a ser terminado.

Esta garantía podía ser un patrimonio de afectación compuesto por toda clase de bienes (Fideicomiso), pero también podría haber sido cualquier otra garantía real cuya solvencia fuera verificable.

5.2. Los Sistemas de Tiempo Compartido deberían tener Garantías Reales:

Lo que faltó en la parte derogada de la Ley 26356, fue extender la garantía exigida más allá de la construcción del edificio afectado, debiendo alcanzar también al uso de los turnos de los adquirentes que ingresaran al sistema, por algún periodo de tiempo (diez o veinte años, por ejemplo), o durante toda la existencia del Tiempo Compartido, o hasta que el nivel de ocupación de los turnos disponibles garantizase que el sistema iba a funcionar por sus propios medios.

Sin una garantía real suficiente (que podría ser un fideicomiso, o una hipoteca, o una anticresis) la figura del emprendedor no propietario no ofrece una garantía sólida del funcionamiento del sistema al consumidor que ha adquirido un turno periódico de uso de un bien.

Lamentablemente, el CCCN. derogó esta exigencia de un Fideicomiso en Garantía manteniendo solamente la exigencia de un fiador personal, al que se continuó llamando "emprendedor".

Pese a no existir actualmente este requisito legal, en los actos de afectación de inmuebles edificados, o de cosas muebles en condominio al Derecho Real de Tiempo Compartido, sería muy conveniente que se establecieran en el reglamento estas garantías con transparencia, lo que aseguraría una mejor comercialización del sistema, y también la seguridad de los derechos de los usuarios, en tanto consumidores de este producto.

III.- Conclusiones.

En el CCCN. el "Tiempo Compartido" es un Derecho Real que se caracteriza por el destino de su objeto a usos periódicos y por turnos.

Se pueden afectar inmuebles, conjuntos de inmuebles, cosas muebles registrables y cosas muebles no registrables.

Cuando se afecta inmuebles, o conjuntos de inmuebles, el Tiempo Compartido se presenta como una modalidad de la Propiedad Horizontal o de los Conjuntos Inmobiliarios. Decimos entonces que el Tiempo Compartido se estructura como una Propiedad Horizontal Especial, o como un Conjunto Inmobiliario Especial, caracterizado, como se ha dicho, por el destino de su objeto a usos periódicos, sucesivos y por turnos.

El Tiempo Compartido también puede afectar inmuebles no sometidos al régimen de la Propiedad Horizontal o de los Conjuntos Inmobiliarios; en este caso, tendrá la estructura legal de un Condominio con Indivisión Forzosa Perpetua.

Lo mismo sucederá cuando el objeto del Tiempo Compartido sean cosas muebles registrables o no registrables.

El emplazamiento del Tiempo Compartido en la clasificación de los Derechos Reales es como un Derecho Real sobre cosa propia, que recae sobre inmuebles y sobre cosas muebles, que puede adoptar la estructura legal de una Propiedad Horizontal o de un Conjunto Inmobiliario Especial, o de un Condominio con Indivisión Forzosa, y que se caracteriza porque su objeto debe estar destinado al uso periódico y por turnos de sus titulares a perpetuidad o por el plazo o condición resolutoria establecida en el título.

Sin perjuicio de ello, se pueden establecer convenios de uso por turnos de una cosa bajo el estatuto de los Derechos Personales, que obviamente no tendrán los caracteres propios de los Derechos Reales, especialmente no serán perpetuos, no tendrán oponibilidad frente a terceros, ni la protección de las Acciones Reales.

Toda oferta al público de enajenación de turnos periódicos de uso de una cosa, ya sea como Derecho Real, o como Derecho Personal, requiere la previa inscripción del título constitutivo, donde deberá estar determinado el objeto, él o los propietarios del mismo, y el prestador de los servicios necesarios para el funcionamiento del sistema, en el Registro de Prestadores de Tiempo Compartido (RPTC) dependiente de la Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación o la dependencia que lo remplace.

EL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION Y SU IMPLICANCIA NOTARIO REGISTRAL

Por **María Adriana Garay**¹

SUMARIO- I. INTRODUCCION. II. ANTECEDENTES HISTORICOS. III. CONCEPTO . IV. NATURALEZA JURIDICA. V. MODALIDADES. VI. PLAZOS. VII. LEGITIMACION. VIII. LA SUPERFICIE Y LA PROPIEDAD HORIZONTAL. IX. FORMAS DE ADQUISICION DE LA SUPERFICIE ASPECTOS NOTARIALES Y REGISTRALES. X. FACULTADES DEL SUPERFICIARIO Y DEL DOMINIS SOLUM. XI. DESTRUCCION DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA. XII. EXTINCION. XIII. NORMAS APLICABLES A LA SUPERFICIE. DERECHO DE SUPERFICIE Y PROPIEDAD SUPERFICIARIA. XIV. IMPLICANCIA ECONOMICA E IMPORTANCIA DEL ROL DEL ESCRIBANO. XV. CONCLUSION.

RESUMEN:

El derecho real de superficie contemplado en el Código Civil y Comercial de la Nación permite aplicar el mismo no sólo a forestaciones y plantaciones sino a construcciones. El objeto del mismo es de esta manera mucho más amplio lo cual obliga a su análisis jurídico en la normativa de fondo y en las resoluciones catastrales y registrales, en las cuales el notario tendrá un rol fundamental no sólo en el asesoramiento de la multiplicidad de negocios a realizarse sino en la instrumentación de los mismos.

ABSTRACT

The real surface right contemplated in the Civil and Commercial Code of the National allows it to be applied not only to afforestation and plantations, but to constructions. Its purpose is much broader, which requires its legal analysis in the substantive regulations and in cadastral and registry resolutions, in which the notary will have a fundamental role not only in advising on the multiplicity of business to be carried out but in the instrumentation of the same.

PALABRAS CLAVE: superficie. normativa. notario.

KEY WORDS: surface. normative. notary.

¹ Profesora Titular de Instrumentos de Derechos Reales y Registral, Facultad de Derecho, UN de Lomas de Zamora, sede Córdoba. Profesora Adjunta Universidad Blas Pascal. Docente de Privado V Reales de la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro del Instituto Notario Registral de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

I. Introduccion

El derecho de superficie es un derecho real que a los largo de la historia en nuestro País, pasó desde ser prohibido a regularse como derecho de superficie forestal, encontrándonos ahora con un derecho real nuevo que admite la plantación, forestación y edificación. La relevancia jurídica de este derecho así como su proyección económica que permite al dueño del suelo constituir con un superficiario diferentes modalidades no pueden ser pasadas por alto, más aún en épocas como las que atravesamos donde debemos fomentar diferentes negocios inmobiliarios. Haremos pues un análisis de su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación y su incidencia es los aspectos notariales y registrales.

II. Antecedentes historicos.

El derecho de superficie nació en Roma, respondía al principio "*superficie solo cedit*" según el cual, cuanto se construía o plantaba en la superficie de un inmueble pertenecía a su propietario por accesión, que era un modo de adquirir el dominio del derecho romano.

El Código de Napoleón no la aceptó por ser considerado como una forma de sofocación de la propiedad, aunque la jurisprudencia la aceptó. Fue regulada en los Códigos Civiles de Prusia (1794) y de Austria (1811) como propiedad separada.²

En el Código de Vélez, conforme a la política restrictiva sobre multiplicidad de derechos, expresamente lo prohibió, así el artículo 2614 del Código Civil derogado, establecía "*Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie, ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna.*"

Asimismo en la nota al artículo 2503, Vélez explica en forma magistral las razones que expulsaron el derecho de superficie de la mayor parte de las legislaciones del siglo XIX.³

En el Derecho Comparado Moderno existe una tendencia al resurgimiento del derecho real de superficie, tanto referido al suelo como al subsuelo. Así es admitido por las legislaciones de España, Italia, Francia, Portugal, Alemania, Suiza, Austria, Bélgica, Holanda, Japón, Canadá, Bolivia, Perú, Cuba, entre otros. En algunos Países se aplicó sólo a construcciones y no plantaciones como en Alemania, Suiza, Italia, Francia, España, Portugal, Japón, Quebec, Holanda⁴

Actualmente existe un resurgimiento del derecho de superficie, justificado económica-

2 Codigo Civil y Comercial Comentado, Alterini, obra citada,p. 135.

3 Nota:2503. No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este código no pueden tener lugar. El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario, no podía deteriorar el fondo del terreno.

En Roma, según las reglas del Derecho civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no sólo que el propietario del suelo venía a ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiese hecho con los materiales de otro, o que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales, sino también que el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo; y si él, por ejemplo, hubiese vendido su casa solamente sin vender el suelo, el adquirente no venía a ser propietario de ella.

Mas después el Derecho Pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesión a perpetuidad, o por un largo tiempo.

El derecho de superficie desde entonces, como una desmembración del derecho de propiedad, podía ser transmitido y enajenado en todo o en parte, gravado con usufructo o servidumbre, venir a ser el objeto de una acción de partición entre los herederos, si estaba indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripción. L. 1, §§ 6 hasta 9, Dig. "De adq. velamitt. possess."

Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos..."

4 Mariani de Vidal y Abella, obra citada, p. 363 y sgtes.

mente en la necesidad de no tener capitales inactivos al mismo tiempo que se facilita la construcción o forestación.

En nuestro País la postura reacia a su admisión se mantuvo en el Anteproyecto Bibiloni de 1926, el Proyecto de 1936 y en el Anteproyecto Llambías de 1954.

Comenzó a vislumbrarse la necesidad de admitir este derecho real en el II Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba 1937 y las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Corrientes en 1985. Asimismo el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987 y el Proyecto de Código Unico de 1987 cobijaron la creación del derecho de superficie. El Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio de 1998 lo recepta como un derecho real autónomo, tanto para construir como para forestar.⁵

El derecho de superficie, sólo forestal fue introducido por nuestro derecho por la ley 25.509, que se sancionó el 14 de noviembre de 2001 promulgada el 11 de diciembre de 2001 y publicada en el Boletín Oficial el 17 de diciembre de 2001. Se trató de una ley complementaria al Código Civil y agregaba como inciso 8 del artículo 2503 del Código Civil derogado, a la superficie forestal como derecho real enumerado.

Uno de los objetivos de la ley fue procurar que la explotación forestal alcance un desarrollo más sostenido y extendido, ampliar la franja de potenciales interesados, implementar un sistema forestal industrial organizado que contribuya a la desconcentración del mercado y a la desarticulación de los monopolios multinacionales, convocando a pequeños colonos o chacareros que no contaban con capital suficiente para la explotación y a industriales madereros que no disponían de materia prima a sumarse a los planes de forestación.⁶

La ley 26.994 de sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación deroga expresamente la ley 25.509, enumerando el Código vigente entre los derechos reales admitidos a la superficie (art 1887 inc. g).

III. Concepto

El artículo 2114, Título 8 del Libro Cuarto, da un concepto a saber:

Artículo 2114. Concepto El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.

El Código recepta la superficie en forma amplia, ya sea edificada o agraria (plantaciones o forestaciones). Se caracteriza como un derecho real autónomo (1887, temporario (artículo 2117), transmisible (2119), registrable (1890, 1892) que recae sobre inmuebles (2114) y que se ejerce por la posesión (1891).

⁵ Art 2018 del citado Proyecto.

⁶ Kiper, Claudio, obra citada, p. 16 y sgtes.

IV. Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica el Dr. Gabriel Ventura, Titular de la Cátedra A de la Facultad, de Derecho de la UNC, considera que se trata de un derecho real sobre cosa propia. Así expresa: *“Es correcta la tipificación del derecho de superficie(..) como sobre cosa propia (..) ya que la esencia conceptual de esta clasificación (sobre cosa propia o ajena) radica en en la mayor o menor amplitud de las facultades del titular del derecho ..”.* y agrega *“... si el derecho real es sobre cosa propia, como regla general el titular tendrá plena disposición jurídica de la cosa: podrá transferirla, gravarla, le podrá ser embargada y hasta subastada por sus acreedores, mientras que si se trata de un derecho real sobre cosa ajena, salvo algunos supuestos como el usufructo, la cosa que constituye su objeto no podrá ser enajenada ni gravada...”*.⁷ En contra podemos citar en otros⁸. Estos autores sostiene que se trata de un derecho mixto, en donde la superficie es un derecho real sobre cosa ajena si se otorga a su titular el derecho a plantar, forestar o construir sobre terreno (vuelo o subsuelo) de otro y hacer suyo lo plantado, forestado o construido, naciendo entonces la propiedad superficiaria (que recaerá sobre cosa propia: lo plantado o construido), recayendo también sobre cosa propia si existe propiedad superficiaria desde el inicio, es decir si el derecho de superficie se concede sobre plantaciones o construcciones ya existentes (artículo 1888).⁹ Es decir según estar posturas mayoritarias mientras no se construya, foreste o plante, el derecho recae sobre un inmueble ajeno, aclarando Kiper que es sobre cosa propia si hay plantaciones, forestaciones o construcciones, no mientras el espacio este vacío.

V. Modalidades.

Cualquiera sea la forma que se adopte siempre existirá un derecho real desde su constitución.

El derecho puede asumir dos modalidades¹⁰.

Artículo 2115. Modalidades El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo¹¹ y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido.

También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

a) Primera modalidad. Derecho a edificar, plantar o forestar:

Aparece cuando el derecho real constituido permite construir, plantar o forestar en suelo ajeno y adquirir la propiedad de lo edificado o plantado con independencia de la propiedad del suelo.

7 Para mayor profundidad del tema ver Ventura, Gabriel, Los Derechos Reales incorporados en el Código Civil y Comercial de la nación y la Publicidad Registral, en Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

8 Cossari Nelson y Cossari Leandro, Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo VI, Derechos Reales, La Ley, Bs As, 2016, p. 905. En igual sentido respecto que se trata de un derecho mixto: Mariani de Vidal y Abella, obra citada, p.367; Kiper Claudio, obra citada, p.18 y sgtes.

9 En igual sentido respecto al derecho de superficie como derecho real mixto (propia y ajeno) las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil reflejaron en el punto II de las conclusiones de lege data de la Comisión IV, por voto mayoritario (25 votos).

10 En tal sentido se ha criticado el termino modalidad que corresponde a la condición, plazo y cargo como “modalidades de los actos jurídicos”: Alterini, Código Civil y Comercial, obra citada, p. 158.

11 La terminología de “espacio aéreo” y no la de “vuelo” es correctamente utilizada en el art 2116. El término “rasante” que apunta al plano que se encuentra el nivel del terreno, pudo reemplazarse directamente por la de “terreno”. Ver al respecto Alterini, Código Civil y Comercial, obra citada, p. 159..

b) Segunda modalidad. Propiedad superficiaria.

Recae sobre la construcción o plantación que ya existe y que pasa a ser propiedad del superficiario, en forma separada de la propiedad del suelo, originándose la propiedad superficiaria, cuyo uso, goce y disposición corresponden al superficiario.

Artículo 2116. Emplazamiento El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento.

Este artículo amplía el 2115, ya que establece que el derecho pueda situarse con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo¹², o sobre construcciones o plantaciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. Puede pues proyectarse sobre el suelo o el subsuelo y también recaer sobre una mayor extensión que la construcción o plantación, si es útil para el aprovechamiento de las mismas. De esta forma se evita la creación innecesaria de otros derechos reales como la servidumbre de paso a los fines de comunicar ciertos sectores con los destinados a construcción o plantación.

El artículo 2116 permite la constitución de superficie aun respecto de inmuebles afectados a propiedad horizontal y la construcción sobre todo el inmueble o sobre una parte de él.¹³

VI. Plazos

Está regulado en el artículo siguiente:

Artículo 2117. Plazos El plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos.

Tal como surge del citado artículo, se establece un plazo máximo de duración de 70 o de 50 años, según se trate de construcciones o de forestaciones y plantaciones, respectivamente.

El plazo debe ser contado desde la adquisición del derecho real de superficie, o sea desde que concurren título y modo suficiente. Opinamos que entre las partes, el plazo debe computarse desde que se reúnen título y modo, dado que es en ese momento en que se constituye el derecho real. En cambio respecto de los terceros, resulta razonable tomar la fecha del título inscripto (art 1893).¹⁴ Resulta susceptible de ser prorrogado y aún pactar la renovación automática, pero entendemos que nunca el plazo originario más la renovación deben exceder los plazos máximos previstos.¹⁵

¹² Bodegas, playas de estacionamiento subterráneas, etc.

¹³ Esta parte material se determinará a través de un plano que acompañará al instrumento de constitución y que deberá registrarse para su oponibilidad.

¹⁴ En igual sentido, Alterini, Código Civil y Comercial, obra citada, p. 162.

¹⁵ En igual sentido Mariani de Vidal y Abella, obra citada, p. 372. En contra: Alterini J y Alterini H, en Código Civil y Comercial, obra citada. P. 162 para quienes pactada una renovación el nuevo plazo convenido se contará desde la fecha del acto de renovación.

VII. Legitimacion

Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal En tal sentido el artículo 2118 dispone:

Artículo 2118. Legitimación Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal.

Son pues parte en este contrato, los titulares de dominio, condominio o propiedad horizontal, que justifiquen la calidad de tales con título inscripto. De esta manera no podrán hacerlo quienes tengan una relación personal como los locatarios, comodatarios, depositarios, o adquirentes por boleto de compraventa.

Si el inmueble está en condominio, deberán prestar su conformidad todos los condóminos para la constitución de derecho de superficie sobre toda la cosa o una parte material de ella (art 1990). No es admisible la constitución del derecho por uno de los condóminos respecto de su parte indivisa por la naturaleza del derecho que se crea.

Los titulares de dominio, condominio o propiedad horizontal, así como a aquellos a cuyo favor se constituya el derecho de superficie, pueden ser personas físicas o jurídicas.

VIII. La superficie y la propiedad horizontal

Pueden darse distintas situaciones:

a) Sobre el inmueble sometido a Propiedad Horizontal

Esta posibilidad surge del artículo 2126 cuando expresa que el derecho de superficie “puede constituirse (...) sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal”.

Si se trata de construir nuevos pisos sobre una edificación ya existente o sobre el terreno, debe tenerse en cuenta que tanto el terreno, como los techos, azoteas, etc. son cosas necesariamente comunes (art 2041).

Es decir, el derecho de superficie puede establecerse sobre construcciones ya existentes o conceder al superficiario el derecho a realizar nuevas construcciones. En ambos casos se requerirá de unanimidad de los copropietarios (artículo 2052).

b) Sobre la Unidad funcional.

El propietario de una unidad funcional puede constituir derecho de superficie que se extiende conforme art 2039 a la parte privativa, la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más complementarias destinadas a servir las.

c) Conjuntos Inmobiliarios

Conforme el CCCN el conjunto inmobiliario es una propiedad horizontal especial (art 2075). Podrá pues el propietario de la unidad funcional en un conjunto inmobiliario conceder el derecho de superficie, ya sea para enajenarla construida o en proceso de construcción (art 2077).

También podrán todos los propietarios en forma unánime (art 2052) constituir derecho

de superficie sobre las partes comunes del conjunto.¹⁶

d) Propiedad Horizontal sobre la propiedad separada del terreno.

El superficiario puede someter la construcción al régimen de la propiedad horizontal, y transmitir y gravar las unidades funcionales en forma independiente el terreno durante el plazo de duración del derecho de superficie (artículo 2120, 2do párrafo CCCN), debiendo para ello afectarlo al régimen de propiedad horizontal.

Se tratará de unan propiedad horizontal especial, pues no comprenderá el terreno que permanecerá en cabeza del nudo propietario. .Extinguido el derecho de superficie, se extingue el derecho de propiedad horizontal constituido por el superficiario, debiendo desafectarse del régimen de propiedad horizontal conforme las disposiciones que rigen la misma.

IX. Formas de adquisición de la superficie aspectos notariales y registrales

Está regulada la adquisición en el artículo 2119 a saber:

Artículo 2119. Adquisición El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título.

a) Adquisición derivada por actos entre vivos.

El acto jurídico debe ser realizado por quien es capaz y este legitimado y al tratarse de un inmueble cumplirse con la solemnidad de la escritura pública (art 1017) además del modo suficiente. Deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad para la oponibilidad a terceros. En cuanto a la técnica registral dependerá de lo que disponga las disposiciones administrativas locales. Así en Capital Federal se asentará en la matrícula correspondiente al dominio en el rubro gravámenes el derecho de superficie. Se abrirá a su vez una submatrícula que contara con los datos precisos de la misma conforme un plano. Al respecto la Disposición Técnica Registral 3/2015 de Capital Federal expresa:¹⁷

¹⁶ Mariani de Vidal y Abella, obra citada, p. 375.

¹⁷ARTÍCULO 1º — Las escrituras públicas por las que se constituya el derecho real de superficie, que se presenten para su inscripción, deberán ser acompañadas de una solicitud en la que se consignen los datos fijados en el artículo 8º del Decreto 2080/80 (T.O. Dec. N°466/99), en la medida que estos resulten de aplicación a la especie, y los que en el artículo 2º de esta Disposición se establecen.

ARTÍCULO 2º — Serán calificadas verificando que de ellas resulten, además de la determinación física y jurídica de los inmuebles y de la identificación de los otorgantes, en los términos de la Ley N° 17.801 y del artículo 305 del Código Civil y Comercial, los siguientes datos:

a) Extensión y modalidades del derecho superficiario;

b) Plazo de duración, de conformidad con el artículo 2117 del Código Civil y Comercial;

c) Si el derecho real de superficie fuere constituido sólo sobre una parte determinada del inmueble, su extensión, medidas y demás especificaciones que resulten necesarias para su integración individualización deberán surgir de plano confeccionado por un profesional con constancias del plano y los datos del profesional que lo confeccionó deberán constar en el título constitutivo y en la solicitud de inscripción. Por no ser objeto de cotejo no se deberá adjuntar el plano o documento traído a inscripción, ni tampoco se exigirá que haya sido registrado o aprobado por el organismo catastral del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. (Inciso c) sustituido texto según art. 1º de la Disposición Técnica Registral N° 22/2016 del Registro de Propiedad Inmueble de la Capital Federal B.O. 21/11/2016.)

ARTÍCULO 3º — La inscripción del derecho real de superficie se practicará en la matrícula donde conste inscripto el dominio o el condominio, en el rubro referido a sus gravámenes y restricciones y haciendo constar la constitución del derecho real, el plazo convenido en su título o su condición resolutoria, los datos personales del superficiario, el número y fecha de la escritura, el nombre del escribano autorizante y su registro notarial, los certificados utilizados, si el negocio ha sido gratuito u oneroso indicando, en su caso, el precio establecido, y la fecha y número de presentación del documento. Inscripto este último en forma definitiva, sólo se procederá a la apertura de la submatrícula "SUPERFICIE" —manteniendo el número de la de origen— en el supuesto que se ruego la inscripción de transferencia, constitución de derechos reales de garantía o afectación al régimen de propiedad horizontal sobre el derecho del superficiario, conforme lo permite el artículo 2120 del CCyC.

(Artículo sustituido por art. 2º de la Disposición Técnica Registral N° 15/2016 del Registro de Propiedad Inmueble de la Capital Federal B.O. 18/8/2016.)

ARTÍCULO 4º — En las submatriculas de superficie, que tendrán características similares a los folios reales, se hará constar: a) en el rubro descripción

El Registro de la Provincia de Córdoba, en la Normativa Técnico Registral; resolución General 4/2015, dispone:

Derecho real de Superficie

101.1. Serán susceptibles de registración los documentos por los cuales el titular de dominio disponga o grave el inmueble de su propiedad y que no turbe el derecho del superficiario (conforme artículo 2.121 del Código Civil y Comercial de la Nación).

101.2. Serán susceptibles de registración los documentos por los cuales el superficiario realice lo siguientes actos, a saber: a) gravar el derecho de construir, plantar o forestar; b) gravar la propiedad superficiaria (lo construido, lo plantado o forestado); c) afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal; y d) transmitir o gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas; ello, siempre durante el plazo de vigencia del derecho de superficie y sin necesidad de consentimiento del propietario (artículo 2.120 del Código Civil y Comercial de la Nación).

101.3. Respecto de las escrituras públicas de afectación del inmueble al régimen de Superficie, serán requisitos a calificar los siguientes, a saber: a) que se haya instrumentada por escritura pública; b) que se publicite el plazo convenido por las partes (artículos 2.117 y 2.125 del Código Civil y Comercial de la Nación); c) que se constituya sobre el inmueble, o sobre una parte determinada, sobre el espacio aéreo, sobre el subsuelo o sobre construcciones existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal (sobre una unidad que surge del régimen de PH); d) que se acompañe Plano de Mensura, salvo cuando el derecho de superficie abarque la totalidad de/l/los inmueble/s afectado/s; e) que sea constituido por el titular del derecho real de dominio, condominio o propiedad horizontal; y f) que los actos jurídicos que realice el superficiario sean celebrados dentro del plazo de vigencia del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del titular dominial.

101.4. En el supuesto que constare en los asientos registrales, por así haberse rogado, que el superficiario no puede afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal sin el con-

del inmueble, el objeto y la extensión del derecho de superficie y su determinación según el plano respectivo, si fuere parcial; b) en el rubro titularidad del superficiario, sus datos personales, la individualización de la escritura de constitución, el plazo convenido y demás condiciones relativas al negocio causal ,replicando los contenidos del asiento de constitución.

ARTÍCULO 5° — La extinción del derecho real de superficie deberá serrogada expresamente y se inscribirá tanto en la matrícula de origen como en las correspondientes submatrículas.

ARTÍCULO 6° — Las certificaciones (Art. 23 Ley N° 17.801) solicitadas para la constitución de un derecho de superficie se anotarán en la matrícula de origen. El pedido de certificación referido a una superficie determinada se anotará en la correspondiente submatricula. Las solicitudes de informes (Art. 27 de la Ley N° 17.801) por inmuebles sobre los cuales consten inscripciones relativas a derechos reales de superficie, se expedirán conforme su rogatoria.

ARTÍCULO 7° — Si de la escritura de constitución del derecho de superficie resulta la prohibición para el superficiario de afectar su derecho a propiedad horizontal sin el consentimiento del titular de dominio, se hará constar esa circunstancia en el asiento respectivo; el autorizante del documento deberá transcribir la parte pertinente del testimonio en la correspondiente solicitud de inscripción.

ARTÍCULO 8° — La Dirección de Inscripciones Reales y Publicidad aprobará los modelos y los textos de los asientos necesarios para practicar las registraciones sobre la base de lo dispuesto en la presente Disposición.

ARTÍCULO 9° — La presente Disposición Técnico Registral entrará en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015.

ARTÍCULO 10. — Póngase en conocimiento de la Secretaría de Asunto Registrales y de la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión Registral. Hágase saber al Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y demás Colegios Profesionales. Notifíquese a las Direcciones de Registros Reales y Publicidad, de Interpretación Normativa y Procedimiento Recursivo, de Registros Especiales y Publicidad Indiciaria, y de Apoyo Técnico y Fiscalización Interna y, por su intermedio, a sus respectivos Departamentos y Divisiones.

ARTÍCULO 11. — Publíquese en el Boletín Oficial. Regístrese. Cumplido, archívese. — Dr. HUGO R. PARODI, Director General, Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos..

sentimiento del titular de dominio, deberán observarse los documentos que no cumplan con la intervención de éste último.

101.5. La afectación del inmueble al régimen de superficie se registrará en la parte superior de la o las matrículas afectada/s donde se dejará constancia de la apertura de la matrícula "SA" específica para el derecho real de superficie, utilizando hasta la confección e impresión de los nuevos folios, las planillas A existentes. Si el superficiario afectare su derecho a propiedad horizontal, el documento se registrará en la forma de estilo, tomando como referente la o las matrículas "SA" de origen del derecho real de superficie.

(lo resaltado nos pertenece).

101.6. Los documentos portantes de gravámenes, medidas cautelares, cancelaciones y certificados referentes al derecho real de superficie se registrarán y publicitarán en los rubros b), c) y d) de la matrícula específica del derecho real de superficie.

101.7. Los pedidos de publicidad con relación a la situación jurídica del inmueble, serán expedidos mediante las constancias que surjan de la totalidad de las matrículas.

101.8. La cancelación del derecho real de superficie por su extinción (por cualquier causa) deberá ser rogada expresamente y por documento idóneo presentado al efecto.

101.9. No será objeto de calificación registral el plazo de duración del derecho real de superficie.

En forma similar a los Cementerios Privados habrá una matrícula madre para la afectación al inmueble y otra matrícula "SA" para el derecho de superficie.

El derecho real puede tener como fuente un contrato gratuito u oneroso. En materia de contraprestación del superficiario rige la autonomía de la voluntad, de allí que pueda consistir en el pago de una suma determinada de dinero, acordar la entrega de locales o espacios para el propietario para uso o arrendamiento a favor del propietario, que el dueño haga suyo lo plantado sin indemnización, o la reversión de lo edificado una vez concluida el derecho de superficie. Es importante pues, lo convenido en el título de constitución por la relevancia que tiene en la configuración del derecho.

Si el contrato es oneroso, se aplican supletoriamente las reglas de la compraventa (art 1124 inc. a), si es gratuito las reglas previstas para la donación (1543).

b) Actos de última voluntad

El derecho de superficie puede constituirse por testamento¹⁸ y si el superficiario muere, los herederos ocupan su lugar al tratarse de un derecho transmisible

c) Usucapión

El Código no permite la usucapión larga En cuanto a la prescripción breve la norma expresamente la regula a los fines del saneamiento de títulos.

18 Ello es así, en especial referencia a la norma que admite la constitución de superficie por disposición de última voluntad. Ver al respecto Kiper, Claudio, Obra citada, p 35. No compartimos las posturas que consideran que la disposición testamentaria en la superficie es dudosa por el carácter de orden público del derecho sucesorio. Al respecto ver Mariani de Vidal y Abella, obra citada, p.378.

X. Facultades del superficiario y del dominis solum

Artículo 2120. Facultades del superficiario El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie. El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

a) Uso, goce y disposición.

Las facultades materiales están contempladas en el artículo 2115 que dice: *"El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones haciendo propio lo plantado, forestado y construido..."*

Es decir puede construir, plantar o forestar sobre el inmueble que pertenece a otro por encima o debajo del suelo y también sobre la rasante, también puede hacer suyo lo plantado, forestado o construido

Agrega la norma *"...también puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad"*. En este caso el dueño conserva el derecho sobre el suelo.

Puede disponer jurídicamente de su derecho por actos entre vivos o disposición de última voluntad (art 2119).

b) Garantías reales

Puede constituir hipoteca (art 2206) y anticresis (2113), que no podrán durar más que el plazo máximo previsto para el derecho de superficie.

c) Acciones posesorias y reales

Podrá ejercer ambos tipos de acciones

d) Derechos personales

Puede constituir derechos personales tales como locación, comodato, etc.

Con respecto a las facultades del propietario:

Artículo 2121. Facultades del propietario El propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario.

Conforme lo dispuesto por el citado artículo el propietario del suelo puede realizar actos de disposición material y jurídica respecto del inmueble, siempre que su ejercicio no afecte el derecho de propiedad. Así podría transmitir la nuda propiedad y constituir derechos personales o reales sobre el suelo o nuda propiedad que conserva.

Además cuenta también con defensas posesorias y reales.

XI. Destrucción de la propiedad superficiaria

Al respecto el artículo 2122 regula:

Artículo 2122. Destrucción de la propiedad superficiaria La propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar.

La destrucción de la propiedad superficiaria no produce por sí misma la extinción del derecho de superficie, salvo pacto en contrario. El propósito de la norma es mantener el inmueble productivo., así al no extinguirse el derecho de superficie continúan intactas las obligaciones que hubieran asumido propietario y superficiario, salvo que el superficiario comience a realizar nuevas obras dentro de los plazos de seis y tres años, respectivamente para la construcciones o forestaciones o plantaciones. Entendemos que el plazo se cuenta desde la destrucción.¹⁹

El artículo 2123 aclara en relación a las obligaciones:

Artículo 2123. Subsistencia y transmisión de las obligaciones La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. La renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales.

XII. Extinción

Artículo 2124. Extinción El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar.

Al respecto se extingue por:

a) Renuncia expresa

Se descarta la renuncia tácita.²⁰ La renuncia expresa debe pues hacerse por escritura pública.

La renuncia no libera al superficiario de sus obligaciones (art 2123).

b) Vencimiento del plazo

Se extingue por vencimiento del plazo contractual por el simple transcurso del tiempo o por falta de convenio por vencimiento de los plazos máximo (2117).

c) Por cumplimiento de una condición resolutoria

Las partes ´ pueden pactarla, pero la condición que el nudo propietario imponga al superficiario puede dejarlo en un estado de inseguridad, razón por la cual es poco probable que se utilice en la práctica. La condición debería ser publicitada registralmente al igual que su cumplimiento a través una nota aclaratoria en el folio respectivo.²¹

¹⁹ En tal sentido Mariani de Vidal y Abella, obra citada, p. 386..

²⁰ Al respecto el artículo 948 expresa que "La voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirlos es restrictiva".

²¹ Kiper, Claudio, obra citada, p. 55..

d) Consolidación.

Por reunión en una misma persona, de las calidades de propietario del suelo y superficiario.

e) El no uso.

El Código regula la extinción por el no uso en relación al derecho de construir en el plazo de diez años y de plantar o forestar en el plazo de cinco.

La extinción deberá documentarse por escritura pública firmada por superficiario y propietario e inscribirse a los fines de la oponibilidad.

En cuanto a los efectos de la extinción se regula:

Artículo 2125. Efectos de la extinción Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario. Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie. Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido.

Indemnización

El Código la regula en el siguiente artículo:

Artículo 2126. Indemnización al superficiario Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores. En subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnización, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización.

Se establece la obligación del superficiario de indemnizar salvo pacto en contrario, aún pactarse que el nudo propietario se quede con las plantaciones o construcciones o bien fijar monto, pautas o procedimiento de la indemnización en el acto constitutivo.

En caso que esto no sucediere se tendrá en cuenta lo regulado en la última parte del artículo 2126.

XIII. Normas aplicables a la superficie. derecho de superficie y propiedad superficiaria.

Al respecto se regula:

Artículo 2127. Normas aplicables al derecho de superficie Son de aplicación supletoria las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo.

Artículo 2128. Normas aplicables a la propiedad superficiaria Si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título

XIV. Implicancia economica e importancia del rol del escribano

1.1. Consideramos que el derecho real de superficie es la herramienta adecuada para conseguir financiamiento para la realización de costosas obras cuando no se es el titular de dominio del inmueble, ya que éste tiene la posibilidad de gravar con hipoteca su derecho real.

1.2 Es así que resulta relevante pensar en nuevas posibilidades de realizar negocios inmobiliarios con esta figura. Ejemplos de ellos podemos encontrarlos, en la búsqueda de nuevas energías que sean renovables y que afecten menos el medio ambiente lo cual va cobrando cada día más importancia en el mundo, siendo costosa la aplicación de las nuevas tecnologías. Es por ello que para incentivar a que las empresas y personas humanas apuesten a ellas, se necesita un marco jurídico seguro y viable para la inversión. Podemos pensar en la instalación de molinos de viento que permitan la recepción de la energía eólica, los propietarios podrían afectar una franja delimitada de su propiedad para la instalación en la misma de molinos que permitan la recepción del viento y poder generar de esta manera energía eólica. Este recurso que se generaría quedaría a cargo del superficiario, ya sea su recolección almacenamiento y comercialización, vencido el plazo el propietario podría abonarle una indemnización conforme a los parámetros establecidos al final del artículo 2126 del Código Civil y Comercial de la Nación.

También puede utilizarse esa figura aplicado a la construcción de un emprendimiento: Por ejemplo se podría implementar para el desarrollo de un Centro Comercial, donde hay un conjunto de propietarios que tienen la tierra pero no tienen dinero para llevar a cabo la construcción de los locales, patio de comida, estacionamiento. Entonces se podría delegar la construcción del predio a otra persona, ya sea humana o jurídica. El superficiario se encargaría de la construcción y como contraprestación podría obtener el beneficio que se genere por el alquiler de dichos locales por determinado tiempo. Al finalizar el contrato el propietario se quedaría con los locales y a cambio podría indemnizar al superficiario con la entrega de algunos locales.

Otros ejemplos los encontramos en las cocheras. Sabemos que cada día hay mayor cantidad de vehículos y que existe ya hoy un déficit importante de las mismas. El propietario de un lote de terreno, que planea edificar sobre el suelo del mismo, podría constituir derecho de superficie a favor de un tercero y delimitar el espacio existente en el subsuelo de la propiedad para la creación de las cocheras. Durante el derecho de superficie, el superficiario se quedaría con las utilidades o rentas de las cocheras y vencido el plazo el propietario contará con las cocheras. Esto nos llevaría al interrogante si un mismo propietario puede constituir dos o varios derechos de superficie distintos sobre una misma propiedad al mismo tiempo, es decir uno en el espacio aéreo y otro en el subsuelo. A este interrogante consideramos que sí se podría y que no habría ninguna incompatibilidad en la medida en que al constituirse el derecho de superficie en ambos casos se deje asentado con plano pertinente y demás requisitos especificados más arriba para la constitución

que superficie será específicamente la afectado ya sea determinarse tanto en sentido horizontal como vertical.

XV. Conclusion.

Entendemos pues, que la aplicación del derecho de superficie a distintas actividades negociables nos abre un gran abanico de posibilidades, tiene aptitud para reactivar más sectores de la producción, como pueden ser, la construcción la cual –es bien sabido– tiene un gran efecto multiplicador de la riqueza, en la cuales el escribano deberá conocer en profundidad la normativa de fondo del Código Civil y Comercial, además de las disposiciones catastrales y registrales, precedentemente expuestas.



LA ADQUISICIÓN “A NON DOMINO”

Por **Juan José Guardiola**¹

SUMARIO- I. LA PROTECCIÓN DEL SUBADQUIRENTE, LA APARIENCIA Y SUS LÍMITES. II. COMO JUSTO TÍTULO PARA PRESCRIBIR . III.- LA FE PUBLICA REGISTRAL. LA BUENA FE. EL ESTUDIO DE TITULOS. IV. LAS OTRAS PUBLICIDADES: LA POSESORIA Y CARTULAR. V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN:

El presente trabajo trata sobre las adquisiciones a non dominio, el alcance de la protección al tercero, la buena fe y el estudio de títulos y sus implicancias notariales y jurídicas en general.

ABSTRACT

This paper deals with non, domain acquisitions, the scope of third party protection, good faith and the study of titles and their notarial and legal implications in general.

PALABRAS CLAVE: adquisicion. buena fe. estudio de titulo.

KEY WORDS: acquisition. good faith. title study.

I. La protección del subadquirente, la apariencia y sus límites

A) La reforma del año '68 por ley 17.711 al Código de Vélez agregó un párrafo final al art. 1051 que generó dispares interpretaciones y grandes discusiones en la doctrina. Originariamente expresaba “Todos los derechos reales y personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual” y con lo incorporado quedó “salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”

Bibiloni² en su Anteproyecto había expresado “la disposición del art. 1051, es ciertamente la primera que debe reformarse en el Código. La reipersecución de bienes en poder de personas de buena fe, que los han adquirido de quienes tenían el derecho aparente a ellos, es incompatible con las ideas modernas, y obstáculo fundamental, para el establecimiento de un sistema eficaz de crédito real. Es además, en la mayor parte de los casos, una verdadera iniquidad. Que, porque una persona se dejó engañar, o porque

¹ Juez de la Cámara en lo Civil y Comercial de Junín Pcia. de Bs. As. Argentina. Abogado .Escribano. Profesor Titular Ordinario de Derechos reales, Registral e Intelectuales Facultades de Derecho UNNOBA (Universidad Nacional de Noroeste de la Pcia. de Buenos Aires) y UNLZ (Universidad Nacional de Lomas de Zamora) Asesor Académico del Consejo de la Magistratura de la Pcia. de Bs. As. Ex Jefe de Gabinete de la Secretaría de Asuntos Registrales del Ministerio de Justicia de la Nación. Ex Secretario de Investigaciones de la Facultad de Derecho UNLZ. Ex Director del Instituto de Derecho Registral del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

² Anteproyecto To. 1 p. 122 nota al art. 396.

un juez o un gobierno -como en muchos casos ha ocurrido- creyó poder autorizar una enajenación, que después se declaró ilegal, se despoje a los adquirentes que ignoraban el engaño, o creían en la legitimidad de los actos autorizados, es cosa que jamás se podrá aprobar”

Es que, con anterioridad, la adquisición de un inmueble no garantizaba que el último adquirente (mientras no hubiera mediado la prescripción liberatoria de la acción respectiva o la adquisitiva del derecho real) no debiese restituirlo como consecuencia de que en una de las transmisiones antecedentes, celebrada quizás muchos años atrás, fuese anulada por un vicio oculto e insospechado, como por ejemplo el error, el dolo o la violencia.

La doctrina (Fornieles, Rayces, Tezanos Pinto, Borda, Llambías, Arauz Castex, Ovejero, Allende, Spota, Carneiro, etc.) y la jurisprudencia, con toda lógica se preocuparon por esa injusta solución, y se esforzaron en proteger a ese subadquirente de buena fe, con el agregado de la onerosidad, sobre la base de la expresión “en virtud del acto anulado” para concluir que en los casos de actos anulables (arts. 1045 y 1046 CC) no debía aplicarse la retroactividad para las transmisiones operadas antes de la anulación.

Con la reforma - claramente enrolada en este aspecto en la seguridad jurídica dinámica, la del tráfico, en contraposición a la seguridad estática, de conservación de la propiedad- se receptaba como fuente de adquisición originaria, *ex lege*, la teoría de la apariencia en su función legitimante para un supuesto mucho más abarcativo de los que ya Vélez Sarsfield había previsto como excepción al tradicional principio del “*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*”³ (art. 3270 CV⁴, con el CCyCN art. 399⁵)⁶, perdiendo todo interés la cuestión de la irretroactividad o no de la anulabilidad, ya que expresamente consignaba como comprendidos los actos nulos y los anulables⁷.

El tutelado es el tercero ajeno al acto nulo, por lo que supone una anterior adquisición (la inválida) y una posterior adquisición de buena fe y a título oneroso. Este último requisito es generalmente exigido para que opere la apariencia jurídica (además del régimen del BGB – arts. 873,891 y 892- que al basarse en el acuerdo abstracto de registración prescinde de la causa de la mutación, encontramos como excepción el sistema sobre publicidad inmobiliaria francés – art. 30 del Decreto ley del 4 de enero de 1955- y el derogado art. 2962 de CC Quebec, en lo que se exige únicamente la buena fe) ya que lo contrario no resultaría justo, pues implicaría el sacrificio del verdadero propietario para amparar el lucro o ganancia de ese tercero⁸.

Se formularon reparos a la inclusión de los “actos nulos”, señalándose que en tales casos faltaría la buena fe. Esa crítica partía de la base de identificar “nulo” con “nulidad manifiesta” y “anulable” con “nulidad no manifiesta”. Si bien esas categorías comúnmente

3 D.50,17,54 (Ulp.46 ad ed.).

4 “Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y reciprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere”.

5 “Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas.”

6 Alguno de cuyos ejemplos clásicos es el del “heredero aparente” (arts. 3430 CC; 2315 CCyCN)

7 Lo distintivo en esta clasificación es la índole rígida (de derecho, con una imperfección definida, insusceptible de más o de menos) o fluida (dependiente de la apreciación judicial) de la causa de invalidez (Llambías Jorge Joaquín, Parte General TratadoTo. II n° 1884 y 1888).

8 El Proyecto de la Comisión Federal de 1993 en su propuesta de reforma al art. 1051 eliminaba la imposición de onerosidad.

No comparto esa postura, el carácter excepcional de la adquisición legal de los derechos de los subadquirentes (art. 1894 CCyCN) exige un sacrificio económico de su parte, más allá de la seguridad en la adquisición sustentada en su buena fe, que justifique la ruptura de la regla general de la invalidez y los efectos de arrastre sobre los actos ulteriores nulidad.

coinciden, obedecen a criterios distintos⁹. Como explica Rivera¹⁰, en el acto nulo lo patente del defecto se hace presente al momento en que el juez resuelve, pudiendo no ser ostensible para los terceros o las partes al tiempo de realizarse el acto.

En este sentido subrayaba Guastavino¹¹: “Con abstracción de la tipificación de cada especie de nulidad y de la utilidad o no de las múltiples divisiones de las nulidades en nuestro código, debe afirmarse que la clasificación de actos nulos y anulables podría coincidir con la de nulidades manifiestas y nulidades dependientes de juzgamiento en el tramo final cuando quien aprecia globalmente la situación cuenta con todos los elementos de juicio. Antes de ese momento cabe la hipótesis de un acto nulo cuyo vicio sea hasta ese entonces no manifiesto para los terceros quienes consecuentemente podrán invocar buena fe”. Un ejemplo de ello sería el de quien contrató con un demente con enfermedad no notoria, declarado tal judicialmente (art. 1041) en otra provincia en la que no obra inscripción de la incapacidad. Las hipótesis como dice Cifuentes¹² pueden multiplicarse pues basta que en cualquiera otras el adquirente transmitiera a su vez el derecho a un tercero subadquirente de buena fe y a título oneroso para que éste se viese protegido. Es dable señalar que con el nuevo CCyCN la categoría nulo-anulable desapareció normativamente, aunque conserve vigor como expresión de doctrina¹³. Claro está que la “nulidad inoponible a terceros es la no manifiesta” párrafo que sugirió agregar el Dr. Martínez Ruiz¹⁴ en el seno de la Comisión reformadora del '68, y que fue desestimado por la obviedad de que en tal caso no puede existir buena fe.

Se perfilaron dos corrientes de opinión acerca de si están incluidas las nulidades absolutas. La cuestión se debatió intensamente en las V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, Mendoza, 1978)¹⁵ El argumento central de quienes las excluían giraba en torno a la índole de los intereses protegidos y en que no son pasibles de confirmación, renuncia o prescripción. Algunos autores¹⁶ de esta tesitura consideraron que por ello las adquisiciones a non domino, al ser de nulidad absoluta, no estaban alcanzadas por el precepto.

La postura contraria¹⁷ hizo hincapié en que la norma no calificaba la nulidad, no siendo ello una omisión no premeditada ya que expresamente la reforma aludió a esa categoría en el art. 1058 bis. Me parece mucho más de peso como fundamento de esta tesis a la que adscribo lo que explica Zannoni¹⁸: no se trata de transformar al conjuro del precepto los actos en válidos, sino de una excepción al *nemo plus iuris* por imperio de la ley en mi-

9 El vicio en las nulidades manifiestas está patente en el acto mientras que las no manifiestas está oculto, requiriendo una investigación para ponerlo de relieve (Llambiasidem n° 1887).

10 Rivera Julio César, Instituciones de Derecho Civil. Parte GeneralTo. II n° 1532.

11 Guastavino Elías P. La protección a terceros adquirentes de inmuebles JA Doctrina 1973 n° 8 p. 100.

12 Cifuentes Santos en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, de Belluscio-ZannoniTo 4 Astrea p. 731.

13 Ventura Gabriel B. Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos 05/07/2020 Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

14 Martínez Ruiz Roberto Las críticas a la reforma del código civil LA LEY 140-935.

15 Sobre el punto hubo dos dictámenes: A) Los actos nulos y anulables de nulidad absoluta están incluidos en el artículo 1051 del Código Civil (Andorno, Belluscio, Goldenberg, Mosset Iturraspe y Pérez del Viso) B) los actos nulos y anulable de nulidad absoluta no están incluidos en el artículo 1051 del Código Civil (Bendersky, Caseaux, Cifuentes, Trigo Represas).

16 Cortés Hernán Los efectos contra terceros de la nulidad de los actos jurídicos y la reforma de la ley 17.711 LA LEY 139-906/912; Gurfinkel de Wendy Lilian Clasificación de las nulidades frente al art. 1051 del Código CivilDepalma p. 1113/1116; Ventura Gabriel B. Ley 17801.Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada Hammurabi p.123.

17 Convención Notarial de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 1969, Tema I): 4. Es irrelevante que el acto sea nulo o anulable y que la nulidad pueda estimarse absoluta o relativa. En cualquier caso, el tercero está protegido siempre que el vicio no sea visible.

18 Zannoni Eduardo A., Reivindicación contra subadquirentes de inmuebles que adquirieron de un enajenante a non domino (inaplicabilidad del art. 1051 CC),LA LEY 1982-I, p. 781.nota 7.

ras a la teoría de la propiedad aparente. La misma ha sido implícitamente receptada por el CCyCN toda vez que al fijarse las consecuencias de la nulidad absoluta (art. 387) nada se dice al respecto por lo que ninguna razón existe para excluirlas del ámbito del art. 392.

También se planteó si la protección al subadquirente podía ser extendida a supuestos de ineficacia por causas ajenas a la nulidad¹⁹, como la revocación o la resolución. Alterini²⁰ señaló con todo rigor que debiendo constar las cláusulas en el título de quien transmite el derecho (como lo decía la nota de Vélez al art. 2663) los terceros no pueden dejar de conocerlas a través del estudio de títulos (publicidad cartular o instrumental), por lo que fallaría el presupuesto de buena fe.

B) Pero la gran discusión se dio en relación a si el art. 1051 CC reformado 1) alcanzaba o no a las adquisiciones en las que no había participado el titular del derecho real, las denominadas adquisiciones a non domino, que encuentran su explicación en las escrituras falsificadas o con sustitución de personas; y si ello 2) implicaba en los hechos consagrar la fe pública registral, en tanto al haber mediado "adquisición", es decir tradición o un sucedáneo como elemento necesario para co-integrar la misma²¹, la publicidad posesoria se reveló ineficaz (esto ya despeja muchos de los problemas que suscita el régimen consensualista), y en los casos de adecuada matricidad escrituraria también la instrumental.

1) La opción era y es de hierro ante un interés jurídico a sacrificar en holocausto de otro: se deja a salvo el derecho de propiedad del *versus domino* que ninguna participación tuvo en la secuencia transmisiva o el de ese subadquirente, consagrando una suerte de expropiación por un estandarte enfervorizado de la apariencia jurídica (*error communisfacitjus*).

Pero como apuntó Venini²² "toda la temática de la apariencia tiene que manejarse con extremo cuidado, ya que en muchos casos una laxitud o extensión extrema de esta doctrina tan sugestiva y, en algunos aspectos tan convincente, puede lesionar el derecho de propiedad tal como está garantido en nuestra Constitución"

Y en este sentido todavía sigue siendo un principio de nuestro derecho la regla que expresó Pomponio (Digesto 50,17,11): "Lo que es nuestro no puede ser transferido a otro sin hecho nuestro" y que en similares términos recogieron Las Partidas (Partida VII, Regla XII): "La cosa que es nuestra no puede pasar a otro sin nuestra palabra y sin nuestro hecho".

Muy diferentes son las situaciones en las que falta autoría de aquellas en las que existen causas de invalidez o ineficacia del acto cumplido. A tal punto ello es así que un sector importante de la doctrina y jurisprudencia, como se verá, fundamenta la exclusión en la inexistencia del acto.

19 El Proyecto de 1998 reemplazaba la expresión por la de "acto inválido": Art. 389.- Efectos respecto de terceros. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud de un acto inválido, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, salvo contra el subadquirente de derechos reales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y a título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.

20 Alterini Jorge H. El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible JA Doctrina 1971 p. 639.

21 "Para que un subadquirente pueda invocar la protección del agregado al art. 1051, es necesario que haya adquirido efectivamente el derecho real -por lo menos en su faz externa- cumpliendo los requisitos de título y modo" (del voto del Dr. Greco CNCiv. Sala G 10/5/1984 "Martins Domingos, José y otra c/ Leone Antonio" JA 1985-I-377, quien cita en aval de ese aserto a Trigo Represas Félix "Nulidad y reivindicación de subadquirentes" Ed Lex La Plata 1978 p.93).

22 Venini Juan Carlos, El artículo 1051 del Código Civil y las transmisiones "a non domino" JA To. 1982- III-712 Cita Online: 0003/1001399-1.

Si no se formula esa distinción la inseguridad jurídica²³ sería absoluta en tanto se estaría avalando lisa y llanamente un despojo, al no existir un hecho del perjudicado que le fuera imputable. Lo que hoy lo favorece por seguridad de tráfico se convierte apenas instalado en la posición de propietario en desprotegido frente a una situación similar de falsificación de escritura o sustitución de persona.

Nadie puede perder un derecho sin haber hecho algo para perderlo. Y no se invoque la prescripción adquisitiva para rebatir lo dicho, ya que en tal supuesto media una pérdida de la posesión de la cosa por parte del titular y la inacción por el tiempo legalmente previsto frente al ejercicio del derecho real del prescribiente, es decir permitió que otro adecue su conducta a los preceptos legislativos a los efectos de adquirir. Acá está en juego la perpetuidad del dominio, uno de cuyos caracteres es la facultad de disposición (el *iusabutendi*) que precisamente él no desplegó sino que le fue arrebatada.

Apuntala ello la relatividad de las convenciones (consagrada en los arts. 1195 CC y 1021 CCyCN), en virtud de la cual como regla a nadie se le puede oponer algo que no haya pactado; una de cuyas manifestaciones, cuya similitud con la situación en análisis es evidente, es la de venta de cosa ajena (arts. 1329,1330 CC; 1008,1132 CCyCN) que resulta inoponible para el propietario que no intervino en la operación.

Paradójicamente de considerárselo incluido se otorgaría una tutela en materia inmobiliaria superior a la que se concede a las cosas muebles (no registrables), en las que la buena fe y el título oneroso no alcanzan para evitar una reivindicación cuando la cosa es robada o perdida, que encuentra (a diferencia de la obtenida por abuso de confianza) su justificación en la falta de autoría de su propietario (arts. 2412 CC; 1895 CCyCN)²⁴

Por lo injusto del resultado, Alsina Atienza propuso en la Comisión reformadora del '68 que se incluyera con un apartado final que expresaba "Esta excepción no será aplicable si el acto anulado se hubiere realizado sin intervención alguna del titular del derecho o consistiera en actos dolosos de terceros". El mismo señala²⁵ que si bien no fue por él redactada respondía a su preocupación y que en el texto definitivo no apareció esa salvedad. Apunta también que de los demás miembros de la Comisión el único del que le consta una posición contraria era Spota. No obstante ello, ante los términos del precepto consideraba que esas adquisiciones estaban alcanzadas.

Pérez Lasala²⁶ refiriéndose al caso de escritura falsificada²⁷ pese a considerarlo un acto

23 Vallet de Goytisolo, J. B., en Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica, Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial 1 (2002) p. 501-516, ante la pregunta "¿Qué es la seguridad jurídica?" responde que puede significar: "a) la seguridad de «algún derecho» que se tiene o que se adquiere. Es decir, la «segura» titularidad o la «seguridad» de una adquisición. b) la seguridad de que algo es ajustado o conforme al derecho". Afirmando que "Ambas acepciones se complementan, como anverso y reverso de la medalla". Así, "La seguridad de un derecho de propiedad está ajustada al derecho de propiedad; la seguridad de una adquisición resulta ajustada al denominado derecho subjetivo del adquirente y el derecho objetivo que determina su protección".

24 Alsina Atienza Dalmiro A., Los derechos reales en la reforma del Código Civil JA Doctrina Serie Contemporánea 1969 p. 457-471; Alterini artículo citado.

25 Nota 91 del trabajo precedentemente citado.

26 Pérez Lasala José Luis, La fe pública registral y las normas civiles argentinas de protección a los terceros, LA LEY 148, 1116.

27 Acquarone Maria T. fue la única que sostuvo en las Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho (San Isidro, 1981): La falsedad documental, uno de los casos de acto anulable (art. 989 del CC) se encontraría amparado por la doctrina de la apariencia consagrada por el art. 1051. Sin embargo, la doctrina autoral y jurisprudencial tienden a la exclusión de dicho amparo a los supuestos de falta de autoría.

Enlazada aunque no identificada con esta problemática está la visión del derecho norteamericano en cuyo sistema la seguridad dinámica está dirigida no tanto a preservar el derecho de propiedad como a proteger la integridad del valor económico de la cosa, se resguarda el valor; es decir, los adquirentes de cosas inmuebles contratan "seguros de título" para proteger el "valor económico" y no el "valor propiedad", la cosa en sí misma.

Mientras por la primera vía será el Estado o una institución pública quien deberá reparar el perjuicio, por la otra será un costo adicional que asume el mercado inmobiliario en cada operación individual. Pueden funcionar en forma concurrente..

anulable de nulidad absoluta y por ende comprendido en la fórmula amplia del art. 1051 sostuvo "que en la actual etapa de nuestra legislación no sería deseable llegar a una interpretación tan amplia del precepto contenido en el art. 1051, por las enormes injusticias a que puede dar lugar. En las legislaciones en la que el Estado indemniza a los verdaderos propietarios despojados de sus derechos como consecuencia de proteger a los adquirentes que contratan basándose en la apariencia jurídica, las consecuencias negativas para el verdadero titular se hacen sentir con menos intensidad²⁸. Lo mismo ocurre en aquellos países en que se forma un fondo especial, integrado por un porcentaje que grava las operaciones inmobiliarias. Pero en la legislación argentina no hay nada de eso, agravándose aun más el problema por la inexistencia de una legislación registral adecuada. Por todo ello llegamos a la conclusión que corresponderá a la jurisprudencia limitar el alcance protector, excluyéndolo en los casos en que el titular inscripto no haya tenido intervención alguna en el acto en que interviene el tercero"

Dejando a salvo la opinión de algunos autores²⁹ que además de interpretar incluidas las adquisiciones a non domino en la norma consideraban justa esa solución, la tendencia abrumadoramente mayoritaria optó por excluir esos casos del art. 1051 CC.

Las V Jornadas de Derecho Civil (1971, Universidad Nacional de Rosario) concluyeron: "1º) Que debe mantenerse el principio inspirador del artículo 1051 in fine del Código Civil pero no en forma absoluta, sino con las limitaciones y en los términos que se tratarán más adelante, u otras que pudieren resultar necesarias. 2º) Que el principio mencionado en el punto precedente no debe cubrir aquellos supuestos en los que no medie un acto que emane del titular del derecho de que se trate, sino sólo una falsedad instrumental, a menos que se arbitre una compensación para dicho titular. 3º) Que el artículo 1051 in fine del Código Civil admite ser interpretado en el sentido de que su salvedad es inaplicable cuando no existe título que emana del titular del derecho (como en el caso de falsedad de escritura pública)...". Las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, con la única disidencia de Mossetlurraspe, sentaron "Están excluidos de la protección del artículo 1051 in fine del Código Civil, aquellos casos en que no exista título que emane del verdadero propietario (Andorno, Belluscio, Bendersky, Cifuentes, Cazeaux, Goldenberg, Pérez del Viso, Trigo Represas). Y a idéntica conclusión arribaron las Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho (San Isidro, 1981), con el voto de Goldenberg, Bueres, Sivori, Diaz Reyna, Daich, Esteguy, Espel, Zago, Pendon, Cerowsky, Moisset de Espanés - solo Acquarone suscribió otro despacho -.

Para sustraerlo de su ámbito de aplicación se utilizaron diversas vías. Me permito recurrir sintéticamente a la exposición que de las dos más seguidas hizo el Dr. Greco en fallo citado en nota 38:

28 Reflexiona Vallet de Goytisolo en obra citada: "La sustitución de la seguridad jurídica propiamente dicha por la seguridad económica de recibir, en su caso, una indemnización en dinero, no sólo no reparará en bastantes casos el daño en su debida medida, sino que puede redundar en un detrimento, cada vez mayor, de la titulación constituyente del contenido de los registros inmobiliarios. De este modo, al incrementarse en lo sucesivo ese detrimento, por razón de inscribirse títulos defectuosos, serían cada vez más numerosos los fallos de la seguridad jurídica propiamente dicha, que el seguro tendría que remediar".

29 Spota Alberto G. El art. 1051 del Cod. Civil comprende al denominado acto "inexistente" EL DERECHO Año 1984 To. 106 p. 657 y "Sobre las reformas al Código Civil" Depalma 1969 p.85/6; Mosset Iturraspe Jorge en disidencia en las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, Mendoza 1978); Laquis Manuel A. Estado de la interpretación del art. 1051 "in fine" LA LEY 1985-A-730: la protección "es comprensiva tanto de los actos nulos como de los anulables, sea que no haya intervenido el verdadero propietario en la primera enajenación o bien que hubiere habido falsedad de la escritura pública". Se suele incluir a Adrogué Manuel I. Bases para la formulación de normas uniformes de registros jurídicos de bienes y El artículo 1051 del Código Civil y su influencia sobre el régimen de los derechos reales, ambos en Temas de Derechos Reales Ed. Plus Ultra 1986 v. p. 278/9 y 287 punto 17 en esta tesis; sin embargo el autor (punto 12 del último trabajo) también señala "Pensamos que cuando el enajenante adquiere su emplazamiento registral creándose falsamente-con prescindencia del aspecto subjetivo-una legitimación directa o indirecta, a consecuencia de la cual enajena a un tercero de buena fe y título oneroso, éste no será amparado por el ordenamiento jurídico...".

"Una dirección bien definida "lo hace porque considera jurídicamente inexistente el acto por ausencia de un elemento esencial como es el sujeto. Enrolan en esta tendencia Llambías -quizá el paladín de la categorización de la inexistencia como racionalmente autónoma de la nulidad y la anulabilidad-... Ernesto CordeiroAlvarez,... Borda...;Belluscio...; Elena I. Highton...; Abelenda..."

Otra dirección, sobre las enseñanzas de René Japiot ("Des nullités en matiere d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle", París, 1909, Arthur Rousseau Editeur, p. 19 y nota 4 -al pie, p. 20 y nota 2- al pie, ps. 514 y ss.), desarrolladas luego por Daniel Bastian ("Essai d'une théorie générale de l'impossibilité", París, 1929, Librairie du Recueil Sirey) y trasladadas a nuestro medio según mi información- por Roberto Martínez Ruiz ("Distinción entre acto nulo y acto inoponible", JA 1943-IV-335), entiende que en la enajenación "a non domino", por no haber autoría o intervención del "verus dominus" en la configuración del estado aparente, se da un supuesto de inoponibilidad (Allende... Jorge Horacio Alterini³⁰...; Trigo Represas...; Goldenberg... En consecuencia, lo obrado por quien sustituye ilícitamente al vendedor en el acto notarial falso juntamente con quien en él aparece como comprador no puede esgrimirse contra el propietario, por definición ausente en ese acto, ni da fundamento a la protección de adquirentes sucesivos.

Cabe agregar que, aun para autores que no admiten en la hipótesis ni inexistencia ni inoponibilidad y la encasillan en la categoría de nulidad absoluta, tampoco resulta aplicable el nuevo dispositivo del art. 1051 ...

...La tendencia doctrinaria abrumadoramente mayoritaria, cuya mención aquí dista de ser exhaustiva, ha tenido recepción -en este ámbito sí en forma unánime- en la jurisprudencia hasta ahora conocida. Preferentemente por inclinarse por la inexistencia, o bien evitando pronunciarse sobre esa cuestión teórica por considerarlo innecesario, los fallos resuelven el conflicto entre el titular del dominio que no participa en el acto de enajenación y el subadquirente de buena fe a título oneroso que asienta su pretendida adquisición en un acto "a non domino", en favor del primero (1ª instancia firme. LL 140-193/6, fallo del Dr. Cifuentes (3); sala F, LL 1980-D-290 y ss., con múltiples referencias en el voto del Dr. Yáñez, publicado con la nota de Highton ya mencionada; sala A, ED 106-657, con voto del Dr. Di Pietro, publicado con la nota de Spota cit.; Sup. Corte de la provincia de Bs. As., 10/10/1978, autos Roldán Ramos v. Scacco, DJBA 116-3452, diario del 27/02/1979, en esp. voto del Dr. Ibarlucía)."

Además de la tesis de la *inoponibilidad* que fue la mayoritaria en las Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho y la de la *inexistencia* defendida en esa oportunidad por Cordoba de Garrido y Garrido, también en ese simposio se dijo en el Despacho B del punto 2, suscripto por Zannoni, Bueres, Sívori y Zago, que "la obligación de restituir nace de la acción reivindicatoria de carácter autónomo, que ejerce el verdadero propietario víctima del despojo. La nulidad del acto de transferencia a "non domino" es consecuencia de la reivindicación triunfante".

30 En el fallo de la CNCiv Sala C del 21/11/1978 "Todos José R. y otros c/ Todos Fraser Jorge" IJ-LI-802, (en el supuesto muy especial de una hipoteca constituida existiendo poseedor ex boleto de compraventa de fecha cierta anterior; ver conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Tucumán 2011 punto II Despacho A ap. 3B) Alterini desechó la aplicación del art. 1051 por considerarlo un supuesto de inoponibilidad, en tanto en su voto de adhesión Cifuentes entendió que la hipoteca era nula luego de efectuar consideraciones sobre el campo operativo de la inoponibilidad.

Zannoni³¹ con reflexiones muy persuasivas cuestiona que se lo considere un acto inexistente cuando "el negocio 'existió', 'ocurrió' en el plano de la realidad, no es una 'nada'... ¿No es palmario que en el plano del ser, la 'transferencia' se realiza, que 'existe' un adquirente, de buena o mala fe, que 'existe' una inscripción registral del dominio...?" Y también el fundamento de la inoponibilidad, ya que la misma "deja subsistir [el acto] en la medida de lo posible y respeta los efectos que produce inter partes poniendo a los terceros al abrigo de lo que pueden perjudicarlo... caso típico: la acción revocatoria o pauliana"(...) "Cuando se predica 'inoponibilidad' de la venta de cosa ajena al verdadero propietario, se está aludiendo a la inoponibilidad del negocio de obligación, es decir del acto jurídico que obliga a transmitir el dominio de la cosa" y aquí se trata "de un acto de disposición consumado mediante la escritura falsificada o mediante sustitución de persona", absteiniéndose de calificar la ineficacia del mismo "porque irremediamente deberá concluir que el mentado acto es nulo y confesarlo implica volver, de rondón, al encuadre que se quiere explícitamente rechazar. Afirmaba, vale aclarar con normas que no han sido reproducidas por el CCyCN, "que el ámbito de la reivindicación a que refieren los arts. 2776, 2777 y 2778 CCiv. no es necesariamente coincidente con el ámbito del art. 1051. Este prevé los casos en que la reivindicación contra terceros adquirentes -o subadquirentes- procede, o no, como consecuencia de la declaración de nulidad. Mientras tanto, la reivindicación del verdadero propietario, supuesta una enajenación a non domino, es el objeto autónomo de la acción real que entabla contra los otorgantes del acto, o terceros adquirentes, a través del cual se ha consumado el despojo. La nulidad de ese acto será consecuencia de la reivindicación triunfante. Dicho en síntesis: el art. 1051 regula la situación de los subadquirentes de buena fe y a título oneroso ante la reivindicación que es consecuencia de la declaración de nulidad del acto originario. En cambio, la reivindicación del verdadero propietario es la que provoca la nulidad del acto de transferencia a non domino. Pero esta reivindicación, en el caso, es el prius y su ámbito normativo está contemplado en los arts. 2776, 2777 y 2778, segunda parte del CCiv³². En el ámbito del art. 1051, la reivindicación contra subadquirentes a título gratuito o a título oneroso de mala fe es, racionalmente, el posterius de la declaración de nulidad".

Lo cierto es que cualquiera de las tesis que se adoptara (nulidad absoluta, inexistencia, inoponibilidad, acción reivindicatoria autónoma) como resultado teníamos que en adquisiciones a *non domino* el subadquirente, aunque fuera a título oneroso y de buena fe con título inscripto, estaba expuesto a la reivindicación del *verus domino* y recién adquiriría el derecho real por la prescripción adquisitiva breve, cuyos requisitos son posesión por 10 años, buena fe y justo título aquí claramente existente (art. 4010 y su nota CC). Ello al margen de que, por sucesivas enajenaciones, reuniéndose los requisitos de buena fe + buena fe + título oneroso (arts. 2777 y 2778 CC), los terceros (sub-subadquirentes) que confiaron en el derecho real putativo de aquel se convirtieron en titulares³³.

31 Artículo citado.

32 Estos artículos establecían: ART. 2776 – Si la cosa fuere inmueble compete la acción contra el actual poseedor que lo hubo por despojo contra el reivindicante. ART. 2777 – Compete también contra el actual poseedor de buena fe que por título oneroso la hubiere obtenido de un enajenante de mala fe, o de un sucesor obligado a restituirla al reivindicante, como el comodatario. ART. 2778 – Sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete contra el actual poseedor, aunque fuere de buena fe que la hubiese tenido del reivindicante, por un acto nulo o anulado; y contra el actual poseedor, aunque de buena fe, que la hubiese de un enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito y el enajenante estaba obligado a restituirla al reivindicante, como el sucesor del comodatario que hubiese creído que la cosa era propia de su autor.

Conforme interpretación taxativa o a contrario de los dos últimos preceptos, ampliamente predominante, la reivindicación prospera en los siguientes supuestos: [mala fe + buena fe + título oneroso] y [buena fe + buena fe + título gratuito]; deteniéndose cuando existe [buena fe del enajenante + buena fe del adquirente + título oneroso].

33 Ver Alterini Jorge Horacio Acciones realesps. 64 y ss. y El art. 1051 y el acto inoponible citado y Alterini-Corna- Angelani- Vázquez, Teoría general de las ineficacias Ed. La Ley p. 22.

Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho (San Isidro, 1981): Si el transmitente es de buena fe y el subadquirente es de buena fe y adquiere a título oneroso, la acción de reivindicación del verdadero propietario no procede por imperio de lo normado en los arts. 2777/2778 (Goldenberg, Sivori, Pendon, Esteguy, Espel, Cerowsky).

2) Algunos autores³⁴ entendieron que a través de la reforma al art. 1051 se había introducido de rondón y sin una reforma de la ley registral³⁵ con alcances restringidos el principio de fe pública registral, al amparar a quien ha confiado en las constancias del registro. Esta postura parte del error de considerar que la protección que brinda al tercero se satisface con una buena fe objetiva, cuando ni del precepto ni de la ley registral resulta que sólo hay que atender, con automatismo, a lo que informa el Registro. De esa manera sin sustento normativo se infería como lógica derivación de la fe pública (inexistente) la validez de las adquisiciones a non domino, o inversamente de la inclusión de éstas en el campo de aplicación del art. 1051 el principio de fe pública registral, por el culto excesivo que se profesa a la exactitud irrefutable de la publicidad registral o la seguridad de tráfico.

Pero la doctrina y jurisprudencia en forma generalizada rechazaron esos razonamientos. En meduloso voto del Juez Yañez³⁶ se expresó: “El Código Civil argentino no contempla el denominado “acto abstracto de enajenación” del Código Civil alemán de 1900 ni guarda relación con el sistema Torrens de Australia, en donde sí podría jugar a ultranza la denominada “buena fe registral” o “fe pública registral”, instituciones que son ajenas a nuestro derecho positivo. Frente a la existencia de la confección de un asiento registral sobre la base de un título falsificado, ni siquiera podría invocarse la función publicitaria de dicho asiento. Por ello, con mayor razón todavía, el certificado que describe el asiento fundado en un título falso tampoco adquiere eficacia publicitaria, y a todo evento, no se trataría de un caso de error registral cometido en la expedición de un certificado. De acuerdo con el art. 4 de la ley nacional registral 17.801, la inscripción reflejada en el certificado no convalida un título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere, cuando resulta que ese título antecedente es falso, entonces el certificado no tiene ni siquiera eficacia publicitaria”

Por su parte las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad Nacional de Rosario, 1971) concluyeron: “Que el agregado del artículo 1051 in fine del Código Civil no implica consagrar el principio de la fe pública registral”.

C) El CCyCN, haciéndose eco de la aconsejado por las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1999, Univ. Nac. del Litoral)³⁷ y replicando en esta parte al art.389 del Proyecto del '98, receptó normativamente la consolidada posición de excluir de protección al subadquirente si el acto se ha realizado sin intervención del titular. Así lo expresa en su parte final el art. 392 que vino a reemplazar al art. 1051 CC.

Y para no dar margen a ninguna resistencia por la incidencia de lo registral, al ocuparse del alcance de la acción reivindicatoria en el párrafo final del art. 2260 insiste en la solución con los siguientes términos: “El subadquirente de un inmueble o de una cosa mueble registrable no puede ampararse en su buena fe y en el título oneroso, si el acto se realiza sin intervención del titular del derecho.” El instituto jurídico (básicamente inexistencia o inoponibilidad) como fundamento de esta norma de clausura o cierre como ex-

34 Adrogué, El artículo 1051 ...punto 3; Spota de manera categórica.

35 Pérez Lasala José Luis, Transmisiones inmobiliarias e la reforma de la legislación civil LA LEY To. 131 Año 1968 p. 1133 y ss., quien critica que de esa forma no se adoptaron los recaudos registrales necesarios (vgr. notificación a titulares anteriores) para evitar posibles despojos por falsificación de títulos u organizar un fondo que permita reparar los perjuicios a la víctima del sistema.

36 CNCiv Sala F 27/8/1979 “Sigfrido SA en Erdman del Carril Elisa c/ Lozada Mario” LA LEY 1980-D-290.

37 De legeferenda ...2.- Fin a los debates existentes en el derecho vigente. Es necesario que una futura reforma legislativa ponga fin a los debates existentes en el derecho vigente en torno de numerosos aspectos que involucran a las acciones reales. La Ley respectiva debe establecer de manera expresa: ...c) Que la protección por seguridad dinámica, que se confiere al subadquirente a título oneroso y de buena fe, no opera cuando el acto antecedente se realizó sin intervención del verdadero titular.

cepción a la excepción de la apariencia podrá seguir siendo discutido doctrinariamente, pero carece ya de relevancia práctica, ante la expresa (y plenamente justa) solución legal, ajena a lo registral.

II. Como justo título para prescribir

Expresaba en ponencia presentada con Marcelo E. Urbaneja a las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe 2019):

"El CCyCN señala en el artículo 1902 que el justo título es "el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto". Esa definición es conceptualmente equivalente a la que traía el Código Civil en el artículo 4010, para el que se trataba de "todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la condición de la persona de quien emana".

La diferencia con el título suficiente (artículo 1892, CCyCN) es evidente: en el justo título el transmitente carece de legitimación o capacidad (artículo 1902 del CCyCN). Por lo tanto, deberá cumplir con el resto de los recaudos del título suficiente (1892, 750, 761, 875, 885, 878, 1017, inc. a, 1922, 1923, 1924, 1926, 2260, CCyCN): la capacidad en el adquirente, la forma, la naturaleza de la causa y la coincidencia del objeto con el del modo suficiente.

De esta manera, quedan descartados el boleto de compraventa y el título putativo (que el CCyCN ya no define pero su noción es conceptualmente subsistente) como supuestos de justo título. El primero, porque carece de la "finalidad de transmitir un derecho real"; el segundo, porque su objeto no coincide con el del modo (v. gr., se entregó un objeto y se contrató sobre otro)."

La ausencia de titularidad en el transmitente es uno, quizás el más relevante, supuesto de falta de legitimación. Es que la falta de legitimación no solo abarca los defectos de representación (en sus tres variantes del artículo 358 del CCyCN) sino también a los de titularidad. La nota al art. 4010 del Código anterior brindaba una apoyatura irrefutable ("Precisamente el vicio resultante de la falta de todo derecho de propiedad en el autor de la transmisión, es lo que la prescripción tiene por objeto cubrir") a la que fue una interpretación uniforme.

Aisladamente se afirmó que, como en el texto de la escritura pública se indicará un nombre distinto al que firma, se trata de un defecto de forma y por lo tanto quedará desplazado su carácter de justo título³⁸. Este argumento parece respaldarse en el artículo 309 del CCyCN (anteriormente, 1004 del Código Civil), según el cual hay invalidez de la escritura cuando no contengan el nombre de los otorgantes y sus firmas. El razonamiento no se comparte. La invalidez formal señalada no está dirigida al error en la manera de individualizar al compareciente; antes bien, la norma se endereza a impedir la validez y eficacia de un instrumento en el que se indica la presencia de alguien que no firma. Este temperamento se compadece con las regulaciones notariales locales que permiten que los que sí han firmado realicen las manifestaciones que estimen corresponder³⁹.

38 Moisset de Espanés Luis "Notas sobre el justo título y la prescripción adquisitiva decenal", Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, número 34, año 1977, páginas 33 y siguientes.

39 V. gr., decreto-ley 9020/1978, regulación orgánica de la función notarial en la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 147.

Por el otro, también se dijo que “legitimación” es una expresión que no abarca la titularidad, por lo que en el supuesto de sustitución de personas el derecho real requerirá indefectiblemente la prescripción adquisitiva larga⁴⁰.

Estimamos ello inexacto. Cuando hablamos de legitimación, aludimos a la aptitud atribuida o integrada por la ley o por la voluntad para adquirir derechos, contraer obligaciones, o para disponer de objetos concretos, por sí, por medio de otro, o para otro. Es decir que se incluye en este concepto la legitimación en sentido amplio o capacidad, y la legitimación en sentido estricto o poder de disposición.⁴¹ Si llamamos “legitimación a la conexión del acto con la situación jurídica que le sirve de base o que condiciona su eficacia”⁴², el requisito más importante es que el otorgante sea sujeto de la relación matriz, como bien se encargaba de ejemplificar Vélez en la nota, por lo que mal puede quedar excluido el supuesto típico independientemente de que alcance también otros aspectos que confluyen a la disponibilidad (v.gr., autorización judicial de representantes necesarios o de órganos de deliberación y gobierno en el caso de representantes de personas jurídicas, asentimiento conyugal, etc.).⁴³

Desde otra perspectiva reducir la legitimación a la representación implicaría una incomprendible incongruencia del CCyCN, pues en el tratamiento de la representación no utiliza la expresión “legitimación”. El artículo 1050 del CCyCN proporciona también otro sustento: a su tenor, la prescripción adquisitiva del adquirente extingue la responsabilidad por evicción, la que justamente se presenta cuando existe una “turbación de derecho (...) que recae sobre el bien, por causa anterior o contemporánea a la adquisición” (artículo 1044, inciso ‘a’, CCyCN). La falta de titularidad en el transmitente es una turbación de derecho que impide la transmisión válida y eficaz (artículo 398, CCyCN). Como el precepto no diferencia, la “prescripción adquisitiva” puede ser la breve que, como se dijo, cobija al supuesto de ausencia de titularidad en el transmitente.

Las XXVII Jornadas nacionales de Derecho Civil mencionadas concluyeron por unanimidad “1°) Prescripción Breve: Están comprendidas las transmisiones a “non domino” en el justo título.”⁴⁴

Es más, estas adquisiciones sólo podrán quedar eventualmente consolidada mediante la prescripción adquisitiva Es que lamentablemente, frente a la inexistencia en el nuevo ordenamiento de una directiva similar a la del art. 2778 CC [buena fe enajenante + título

40 Etchegaray Natalio Pedro, “Ineficacia de los actos jurídicos en el Proyecto de Código”, La Ley 2012-F 1161; Saucedo Ricardo Javier, “El estudio de títulos y las transmisiones en materia inmobiliaria en el derecho privado vigente y en el proyectado”, Revista Jurisprudencia Argentina, 2013-II, n° 9, 29/05/2013, p. 31.

41 Conf. Alterini, Jorge H., “Capacidad y legitimación”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1966-III-251 y ss.

42 Sanahuja — Soler, cit., por NERI, Argentino I., Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial, vol. 2, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 477. Leemos también sobre legitimación en Pelosi Carlos A., El documento notarial, 4ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, ps. 162/163), que “Entre los autores que más la han estudiado sobresale Betti, quien la define como ‘competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que ha aspirado y resulta de una posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular’... Estima LadariaCaldentey que capacidad es aquel modo de ser del sujeto en sí del cual depende el efecto jurídico del acto, por lo que es un concepto estrictamente subjetivo. La legitimación, en cambio, es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico, inferida de su posición respecto del acto. No es como la capacidad, una cualidad, sino una posición. La define como ‘el reconocimiento otorgado por el derecho, de un poder suficiente, es decir, de la posibilidad concreta de llevar a cabo el acto en cuestión’. Para Barbero, mientras la capacidad de obrar alude a la idoneidad del sujeto para un tipo de acto y reconoce limitaciones que, en términos generales, toman en cuenta el desarrollo psíquico, la legitimación para obrar significa proporción de idoneidad para un acto singular con mesura a favor de circunstancias particulares del caso y distintas en cada caso.

43 Ver Pelosi, Horacio L., “La prescripción decenal del artículo 3999 del Código Civil”, Revista del Notariado, nro. 864, p. 109.

44 Ver también XXIX Jornada Notarial Bonaerense (2015, Mar del Plata): “...4. El art. 392 CCyC primer párrafo mantiene la norma del art. 1051 CC (ley 17711) de inoponibilidad del acto nulo al tercer subadquirente de buena fe y a título oneroso. Las adquisiciones “a non domino” constituyen supuestos de justo título en los términos del art. 1902 CCyC”.

oneroso+ buena fe adquirente], los sucesivos adquirentes del subadquirente comprendidos en las adquisiciones a non domino, incluso aunque todos sean de buena fe, no pueden detener el efecto reipersecutorio de la acción real del afectado, por lo que deben recurrir también a la prescripción corta, beneficiándose sólo de la unión de posesiones (art. 1901 CCyCN). El retaceo de esta última solución al sistema anterior en mi opinión es disvaliosa.⁴⁵

III.- La fe pública registral. la buena fe. el estudio de títulos

A) Fijemos algunas premisas en relación a la fe pública registral:

*Nuestro Registro es de títulos (en rigor instrumentos) no de derechos reales, los que nacen fuera del mismo en tanto tratándose de adquisiciones derivadas exigen la concurrencia de título y modo: tradición material y sus sucedáneos- arts. 577 CC y 1892 CCyCN- (sólo en materia de hipoteca y servidumbre negativa es suficiente aquel).

El deslumbramiento por los sistemas alemán y Torrens de índole constitutiva que tuvo su expresión en diversos proyectos de reforma y un vano intento de subsistencia en la primigenia iniciativa de Anteproyecto de la Comisión 191/11 que derivó en la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) quedaron en mi parecer definitivamente sepultados por una abrumadora postura mayoritaria contraria en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán 2011) que supo reconocer las ventajas y buen funcionamiento de la publicidad de corte declarativo en materia inmobiliaria que el legislador del año 1968 consagró con las leyes 17.711 y 17.801 a partir del régimen velezano de la tradición (art. 577) y los alcances del registro que estableció limitado a las hipotecas (arts. 3135 y 3136). Excede notablemente la finalidad y extensión de este aporte dedicarme a la cuestión⁴⁶

A ello debemos sumar en las adquisiciones originarias el supuesto especialísimo de la prescripción. La relación e incidencia entre posesión y registro es puesta de manifiesto con la conocida y lúcida reflexión de Rafael Nuñez Lagos⁴⁷: "La posesión que es además, la base de la usucapión es la quiebra del sistema inmobiliario del Registro de la Propiedad; de igual forma que la hipoteca como derecho real es el fallo absoluto de la posesión como sistema inmobiliario sin registro. De ahí el rechinar constante de todas las piezas de ambos sistemas al ponerse en contacto...La posesión es el 'daemonium' para el Registro de la Propiedad. Además, femenino, archidiabla, soberana princesa del imperio de la duda, del error y la confusión, en maridaje con el tiempo, engendra un rasgo espantable llamado usucapión que haría totalmente estériles los asientos del registro y los dogmas de sus pontífices".

En consecuencia la posibilidad de "inexactitud registral" entendida en sentido amplio⁴⁸

45 Ver Guardiola Juan José, La prescripción adquisitiva en Las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, SJA 06/05/2020, 45, JA 2020-II Cita Online AR/DOC/545/2020 y La usucapión en el nuevo Código RCCyC 2016 (marzo), 19 Cita Online: AR/DOC/566/2016

46 Conclusiones XXIII JNDC "La adopción de un sistema registral inmobiliario con efectos constitutivos significa un retroceso en la dinámica adquisitiva de los derechos reales. La inscripción constitutiva no responde ni atiende a la realidad de los hechos, desprotege a los poseedores y ello repercute negativamente en la seguridad jurídica tanto dinámica como estática... La protección de los intereses legítimos de los poseedores hace aconsejable la conservación de la tradición material como constitutiva del derecho real inmobiliario. El registro debe continuar cumpliendo su función de registración de títulos, con carácter meramente declarativo y no convalidante...". Ver Urbaneja Marcelo Desafortunada pretensión de suprimir la tradición e incorporar la inscripción constitutiva en materia inmobiliaria. Derivaciones nocivas del "fetichismo registral" y nociones sobre derecho comparado EL DERECHO To. 246 año 2012 p. 8032777 y ss.

47 Nuñez Lagos Rafael Realidad y registro Revista General de Legislación y Jurisprudencia abril de 1945 Reus p. 2 Madrid, 1945

48 Art.39 LHE Por inexactitud del Registro se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral.

y externo es una realidad innegable cuando publicita -sin responsabilidad alguna- situaciones jurídicas registradas (asientos) que no responden a la realidad extra-registral. También está el caso en que se tome razón de un documento errado (vgr. copia de una escritura de venta que no se corresponde con la matriz, falsificada), en cuyo caso se trata de una inexactitud interna que no le es imputable⁴⁹ y en relación a la cual la eficacia publicitaria basada en esa mera apariencia depende de si el sistema consagra o no la fe pública registral.

Lo anterior en nada va en desmedro de la eficacia probatoria que como instrumentos públicos los asientos registrales tienen en lo que se refiere a la plena fe de los actos cumplidos o pasados ante el oficial público (arts. 289 inc. b y 296 inc. a CCyCN).

El funcionamiento y el alcance de la fe pública registral varía de acuerdo a los diferentes sistemas legislativos⁵⁰

La ley argentina no incorporó ni expresa ni implícitamente este principio, que da una protección al tercero en sentido positivo, por la presunción de exactitud del Registro: aquello que éste publicita se considera verídico con abstracción de la realidad jurídica externa, de manera tal que la información que brinda hace fe.⁵¹ Claro ejemplo de una legislación que si la ha establecido es la española, con la necesaria suavización en sus efectos de la buena fe del adquirente, a tenor del art. 34 de la Ley Hipotecaria (LHE)⁵²

* El sistema argentino no es convalidante, ya que el art. 4 LRI dispone “La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciera según las leyes”. Mientras el efecto convalidante de un registro determina la validez del acto nulo por el solo hecho de su registración (subsana la adquisición de quien inscribe), el llamado principio de fe pública registral considera válido el acto nulo cuando se produjo una mutación conforme a lo pregonado erróneamente por el Registro (protege a quien adquiere del titular inscripto, aunque ese título sea defectuoso, salvo que la inexactitud resulte del propio registro o sea conocida por el tercero)⁵³.

Tanto para que la convalidación como para la fe pública cumplan el fin propuesto de veracidad o exactitud, resulta imprescindible el control más absoluto sobre la validez de los actos que contienen los instrumentos a registrarse, de notoria mayor amplitud en la función calificadora que el examen de legalidad que disponen los arts 8 y 9 LRI.

* Que el Registro no sea convalidante ni otorgue fe pública registral, con lo cual no se lo pueda presumir exacto, no impide que se lo pueda presumir íntegro o completo, ya que de nada valdría la publicidad registral si paralelamente no se la reputara tal. Claro está que frente a la posibilidad de mutaciones reales operantes extrarregistralmente no

49 Alterini Jorge Horacio- Lloveras Néstor Luis Responsabilidad civil por inexactitudes registrales EL DERECHO To. 62 Año 1975 p. 547 y ss.

50 Comejo Américo Atilio Derecho RegistralAstrea N° 129 p. 230

51 Lloveras Néstor Luis-Coghlan Antonio R., El artículo 1051 del Código Civil: Fe pública registral o estudio de títulos EL DERECHO To. 103 Año 1983 p. 992 y ss.

52 Art. 34 LHE “El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.”

53 Ventura Gabriel -Moisset de Espanés Luis, Inexactitudes registrales. Subsanações, Ponencia, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. (www.acederc.org.ar)

puede hablarse derechamente de integridad sino en grado de presunción *iuris tantum* y como aspiración a cuya efectivización propende la imposición de inscribir como carga del otorgante de la situación jurídica respectiva (para ganar oponibilidad y por exigencia del tracto -arts 15 y 16 LRI- y legitimación desde lo registral) y como obligación del autorizante del instrumento en que aquella se concretó (las leyes orgánicas del Notariado así lo imponen)

* Mientras el principio de legitimación consiste en que el titular inscripto es el titular material creando una presunción *iuris tantum*⁵⁴ por lo que supone una protección provisoria, el de fe pública consiste transformar la presunción en *iure et de iure* a favor del tercero que contrató con aquél confiando en esa apariencia (a esto se refiere el art. 34 de la LHE ya citado)⁵⁵, siendo la protección definitiva⁵⁶

En el derecho argentino el dominio y los demás derechos reales se acreditan con la respectiva escritura o testimonio auténtico, siendo insuficiente a tal efecto la certificación o el informe registral. Se transfiere (art. 23 LRI) y litiga con títulos (2789 a 2792 CC; 2249, 2256 CCyCN). De la certificación por otra parte no puede derivarse la concurrencia del modo suficiente, en tanto el título suficiente facilita la prueba de la tradición posesoria (art. 1914 CCyCN)

No enerva dicha conclusión lo que dispone el art. 29 de la LRI al remitir al art. 1011 CC (que con el CCyCN ha quedado vacío de contenido al no incluir lamentablemente una norma sustantiva similar para el caso de destrucción o pérdida del protocolo notarial) en cuanto dispone que el asiento registral sirve como prueba de la existencia de la documentación que lo originara.

* En suma, tal como fuera expuesto en el X Congreso Nacional de Derecho Registral⁵⁷ (Santa Fe 1995) al tratar el Tema II Principios de presunción de exactitud, legitimación y fe pública, por el Despacho de la Mayoría⁵⁸, cuya comisión redactora integró y de la que fui Relator:

I. Principio de presunción de exactitud

Recordando que en el sistema argentino, en el ámbito inmobiliario, la génesis del derecho real ocurre fuera de la órbita registral, que la registración es de títulos y no de derechos y que la inscripción no es convalidante, el principio de exactitud, considerado

54 Artículo 38. A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscriptos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscripto el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión los mismos. Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscriptos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero... y en sentido concordante dispone el art. 41 LHE "Las acciones reales procedentes de los derechos inscriptos... basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente."

55 López de Zavalía Fernando Curso Introductorio al Derecho Registral p. 366

56 Kemelmajer de Carlucci Aída en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado AstreaTo. 13 del que es Coordinadora y Zannoni Director p. 70

57 En Revista Notarial de Córdoba. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. Revista N° 70 año 1995

58 La Minoría en cambio sostuvo: I. El sistema registral argentino recepta los principios de integridad, exactitud y legitimación. II. El principio de integridad o completitud surge claramente atento a que lo no inscripto no perjudica a terceros. III. El principio de exactitud registral consistente en la ficción legal que el Registro coincide con la realidad extrarregistral, existe en el sistema argentino como una presunción *iuris tantum* por la circunstancia de ser los asientos registrales instrumentos públicos, los que se presumen exactos mientras no se pruebe lo contrario. IV. El principio de legitimación se encuentra consagrado como la presunción legal *iuris tantum* para el titular inscripto que su derecho existe en la forma publicitada por el Registro. V. Si bien el sistema registral argentino no consagra expresamente el principio de Fe pública registral, el tercero que se apoya en el Registro y que es de buena fe y a título oneroso, queda protegido frente a las consecuencias de la inexactitud registral, tanto para el supuesto de nulidad del título de su transmitente, como para el supuesto de títulos no Inscriptos.

como presunción legal de correspondencia entre los asientos e información registrales y la realidad extrarregistral, no ha sido receptado.

II. Principio de legitimación

a) El principio de legitimación, entendido como presunción "iuris tantum" de titularidad del derecho, por parte de quien figura en tal carácter en el asiento registral, no ha sido receptado en el derecho inmobiliario argentino.

El recaudo exigido por los arts. 15, 22, 23 y conc. de la ley 17.801, en lo referente a la certificación de titularidad registral, no importa la recepción del principio antedicho.

b) La legitimación, no ya como principio en el sentido indicado, sino considerada como aptitud o idoneidad de una persona, en la esfera registral, sí constituye un recaudo exigible para la rogación, tracto y acceso a la información.

c) Extrarregistralemente, esto es, desde el punto de vista sustantivo, la legitimación para la transmisión, constitución, modificación o cesión, es dependiente de la titularidad del derecho real.

III. Fe pública

a) El principio de fe pública registral, entendido como presunción "iure et de jure" de veracidad de las constancias registrales y de sus exteriorizaciones, no ha sido receptado en el derecho argentino.

b) La protección que brinda a los terceros subadquirentes el art. 1051 del Código Civil difiere esencialmente de la que confiere a los mismos otros sistemas, como el español o el alemán. El derecho argentino siempre exige una buena fe diligente y activa que presupone la indagación exhaustiva y crítica de los antecedentes pertinentes del derecho, no limitándose al sólo desconocimiento de la inexactitud registral.

e) La sostenida no recepción del principio de fe pública registral no significa el desconocimiento de la "plena fe" que, como instrumentos públicos, confieren las disposiciones del Código Civil a los asientos y certificaciones registrales.

IV. La presunción de completividad o integridad de las constancias registrales, vigente en nuestro derecho, y de la cual se desprende la inoponibilidad de lo no inscripto, debe ser distinguida de los principios precedentemente expuestos y no habilita a sustentar su recepción en nuestro régimen registral inmobiliario.

*El CCyCN, con su art. 1902 sepultó definitivamente cualquier atisbo doctrinario de la teoría de la fe pública registral, al dejar expresado en forma categórica que la buena fe "requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial"

B) Desde lo registral existen dos criterios para establecer en que consiste la buena fe: uno objetivo configurado por una circunstancia exclusivamente externa al subadquirente: lo que describe el Registro, aunque ello no se corresponda - por mal funcionamiento o no del mismo- con la verdad distinta de la reflejado en el asiento o informada. El otro,

se atiene a una pauta subjetiva, en donde se identifica la buena fe con la ignorancia de la inexactitud registral, en el desconocimiento que tenga el tercero de aquello que sucede en la realidad extrarregistral en discordancia con sus constancias. Lo esencial es que el adquirente sepa a que atenerse, siendo indiferente el procedimiento por el cual llegue a adquirir el conocimiento de las condiciones de su adquisición. Desde esta perspectiva su conocimiento de la causal de la invalidez impide, pese a lo informado por el Registro, su consideración como "de buena fe". Ya Vélez Sarsfield en la nota al art. 3136, que se refería a la no prioridad de una hipoteca inscrita teniendo conocimiento de otra obligación hipotecaria constituida para la que corría el plazo de registración, decía: *"El Cód. francés, art. 1071, dispone lo contrario. Dice así: 'El defecto de inscripción no podrá ser suplido ni considerado como subsanado por el conocimiento que los acreedores pudiesen haber tenido de la constitución de la hipoteca, por otras vías que la de la inscripción'. Pero una doctrina más razonable y más moral prevalece en Inglaterra y en los Estados Unidos según lo dice Kent en su "Comentario a las Leyes Americanas", Sec. 28, núm. 169, y es la de nuestro artículo, pues juzga que sería un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara"*.

El criterio subjetivo, adoptado por el art. 34 LHE es más enérgicamente expresado por el art. 974 del Código Civil suizo de 1907 (Cuando un derecho real ha sido inscripto indebidamente, la inscripción no puede ser invocada por los terceros que han conocido o debido conocer los vicios...) y así fue incorporado como ap. 17 de la "Carta de Buenos Aires" del Primer Congreso Internacional de Derecho Registral de 1972, aprobada por la totalidad de los países representados: "La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud del Registro"

Enancado en "el deber de conocer", máxime cuando no está consagrada la "fe pública registral" y en relación al art. 1051 CC y su sucesor el art. 392 CCyCN, no cabe sostener que la buena fe, aunque se la presuma, consista solo en la ausencia de mala fe. La "creencia" sin lugar a dudas, no debe ser producto de la intuición sino creada por elementos exteriores que proporcionen al sujeto la información necesaria para creer y ello en una fórmula abierta con una conducta diligente, adecuada a las circunstancias del negocio jurídico. No basta el desconocimiento inculpable del defecto que padecía el título precedente si no va acompañada de un comportamiento cuidadoso y previsor para conocer la situación jurídica de la cosa al momento de la transmisión del derecho.

La sola circunstancia de que el dominio esté inscripto a nombre del propietario aparente no significa tener por cierto de modo irrefragable y sin distinción alguna la existencia de buena fe por parte del tercer adquirente. Bien se ha dicho que su error debe ser justificado o excusable⁵⁹, común en el sentido de que otras personas en iguales circunstancias hubieren podido caer en el mismo, y en alguna manera invencible, en cuanto obrando con diligencia era difícil no equivocarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso: la apariencia del enajenante como los títulos presentados, la publicidad de su propia adquisición, su conducta frente a la cosa enajenada, etc., sin perjuicio de hacer salvedad de los casos en que tal diligencia del tercero resulte estéril.

Sin duda la información registral es presupuesto necesario de la buena fe pero no suficiente de la misma.

⁵⁹ BorghiHélio, Teoria da Aparência no Direito Brasileiro – Aparência de Direito e Aparência no Direito, no Direito Privado e no DireitoProcessual Civil. Confrontações e aplicações, inclusive naJurisprudência, São Paulo, LEJUS p. 48.

Y así lo expresaron las Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho (San Isidro 1981): A los fines de configurar la buena fe exigida por el art. 1051 no basta la mera comprobación de la inscripción registral y las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael Mendoza 1978): Para ser considerado tercero de buena fe no bastará la existencia de una creencia "sin duda alguna" (argumento art. 4006 CC y su nota) sobre una realidad jurídica determinada, sino que será necesario además que esa creencia o convicción vaya unida a un obrar diligente, prudente, cuidadoso y previsor, conforme a la doctrina de los arts. 512, 902, 1198 del Código Civil. La buena fe requerida por el art. 1051 del Código Civil no es la denominada "buena fe registral"

El art. 1893 del CCyCN⁶⁰ vino a reafirmar el principio de "buena fe" consagrado en el art. 9, en sentido conteste con el art. 20 LRI pero de una manera más amplia y en el sentido expresado ya que con el mismo no pueden prevalerse de la falta de publicidad solo las partes, herederos, y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos, sino que incluye "a todos aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real".

C) Lo dicho entronca con el estudio de títulos.

En Argentina, además de la exigencia en cuanto a la legitimación para el autorizante de tener a la vista el título inscripto (arts. 23 y 28 LRI), todavía vigente el Código anterior y no obstante no existir ninguna norma de fondo que determine como obligatoria la tarea del estudio de los títulos antecedentes que mínimamente cubra el plazo para que la prescripción adquisitiva purgara los defectos, la misma se fue imponiendo sobre la base de lo que disponía el art. 902 ("cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos", del art. 1198 que mandaba a los contratantes "a obrar con cuidado y previsión" y el énfasis de las distintas legislaciones provinciales que la ponían dentro del deber genérico del asesoramiento notarial que se integra en materia de responsabilidad profesional con la "confianza especial entre las partes" que supone el servicio que presta y que determina "en estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes" (art. 909 CC). Ello ya como indispensable realización para configurar la buena fe del tercero en los términos del artículo 1051 del Código Civil o como un medio más para acreditar esa buena fe, con cierta jerarquía e importancia respecto de otros medios, pero nunca como forma excluyente de configuración de la buena fe del tercero. Por supuesto que con alguna negativa, que siempre existió y todavía en alguna medida subsiste, por parte de quienes no quieren asumir obligaciones implícitas que retardan su quehacer (agravada por la inevitable dispersión de las fuentes de consulta notariales, judiciales y/o administrativas) y pueden generar responsabilidad por defectuoso cumplimiento.⁶¹

60 "La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesoria, según el caso [...] No pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real".

61 Para profundizar, aunque desactualizados, los siguientes estudios: Alterini, Importancia del estudio de títulos Gaceta del Notariado 88, 1 Cita Online: AR/DOC/486/2012; Estudio de títulos, LA LEY 1981-B, 858, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 1085 De Hoz, Marcelo, El estudio de títulos desde la óptica jurisprudencial: tendencias y análisis de los casos más trascendentes, Revista del Notariado 897, 75

Y de las tantas reuniones académicas que se ocuparon del tema cito: Convención Notarial de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 1969): "...Para que el tercero pueda demostrar su diligencia -como requisito justificante de su buena fe- el estudio de títulos tiene, después de la reforma, mayor trascendencia que antes de ella. También parece conveniente que el adquirente quede documentado en cuanto a la realización de dicho estudio y su resultado... Las normas de fondo y la mayoría de las leyes notariales argentinas no imponen a los notarios la obligación de estudiar el título. Empero la modificación del 1051 aconsejaría considerar ahora tácita dicha obligación para que el adquirente pueda probar su buena fe". VII Reunión Jurídico Notarial de la Provincia de Santa Fe (Rosario, 1974) "El estudio de títulos y antecedentes resulta conveniente y hasta en algunos supuestos necesarios para la caracterización de buena fe que menciona el referido artículo en función de la conducta cuidadosa y previsor, por parte del subadquirente".

El Proyecto de 1998, luego de haber fijado el régimen de publicidad en el art. 1843 de fundamental importancia para entender la presunción de exactitud de los asientos registrales a la que se refería en el art. 2147, en su segundo párrafo expresamente establecía "Se presume la buena fe del tercero mientras no se pruebe que conocía o hubo de haber conocido la inexactitud del asiento a través del estudio de títulos"

Aunque en términos no tan precisos el CCyCN recepta la tesis absolutamente mayoritaria sobre la necesidad de efectuar dicho estudio para invocar buena fe a los efectos de ciertos títulos observables (art. 1902 e implícitamente de los arts. 301 392, 1138, 1725 y 2260).

Resume bien lo que vengo diciendo Urbaneja⁶² de la siguiente forma: "La buena fe debe evaluarse no solo con las constancias registrales, sino con pautas subjetivas, con el conocimiento cierto o presunto que el sujeto pueda tener de la realidad extrarregistral, con prescindencia de lo informado en el registro. Es decir, una "buena fe-diligencia" que se canaliza principalmente con la verificación de las constancias registrales (p.ej., la verificación en sede judicial de las medidas cautelares anotadas) y con el "estudio de títulos". El art. 1902 del Cód. Civil y Comercial dispone: "Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial". Se infiere de esta norma, no solo la obligación del "estudio de títulos", sostenida por parte de la doctrina, sino el concepto de que la buena fe establecida en el Código no es la que surge de las constancias registrales, sino el de "buena fe-diligencia". El funcionario interviniente no solo debe cumplir con las exigencias que surgen de la LNRI, sino que debe ejecutar el principio de "buena fe-diligencia" que consagra este Código."

Se plantean así en relación al art. 392 CCyCN (ex 1051 CC) distintas alternativas para la configuración de la buena o mala fe del adquirente: 1) Negligencia por no estudio de antecedentes: a) si el vicio es perceptible o hubiere sido ostensible de haberse realizado será de mala fe por falta de diligencia; b) si a pesar de que por ese medio no hubiera sido descubierto también será considerado de mala fe si se comprueba que conoció el vicio extracartularmente y c) si el vicio no es evidente, no era posible de ser conocido documentalmente ni hay conocimiento del mismo por otro medio, el estar ausente ese examen no obsta a su buena fe. 2) Existió esa diligencia y se hizo el estudio de títulos a) si el vicio es ostensible, se advierta o no, involuntaria o intencionalmente, el adquirente es de mala fe y b) si el vicio no era manifiesto será de buena fe, siempre y cuando no haya llegado a su conocimiento por una vía distinta a la inspección documental.

IV. Las otras publicidades: la posesoria y cartular

Para visualizar el sistema publicitario argentino resulta imprescindible analizar el trípode sobre el que se asienta y la correlación indispensable que debe existir entre los soportes, ya que cualquier desequilibrio por debilidad de alguno de ellos o sobrecarga de otro exigiéndole una fuerza que no puede proporcionar, conduce inexorablemente a su ineficacia.

⁶² Urbaneja Marcelo E., Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado, bajocoordinación de Clusellas, Eduardo G. To. 9 Astrea. p. 354

A) Con la reforma del año '68 (ley 17.711 al CC) al art. 2505 y la ley 17.801 (LRI) hubo que estudiarse la incidencia de lo registral en la adquisición de los derechos reales y su vinculación con la posesión (como relación real – hoy llamada normativamente de poder, implícitamente de hecho- instantánea -modo – de co-integración y como relación estable de realización y publicidad del poder jurídico que se tiene, para decirlo en términos del maestro Molinario)

Así las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1981, La Plata) expresaron con criterio consolidado: "I. La inscripción registral en materia inmobiliaria constituye un nuevo requisito que con fines de publicidad se adiciona al título suficiente y al modo suficiente. II. Las mutaciones jurídico reales sobre inmuebles no inscriptos son inoponibles a los terceros con interés legítimo que sean de buena fe, tengan o no emplazamiento registral. III. La tradición no es en la actualidad un presupuesto indispensable de la inscripción registral. IV. Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria, triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe." Esta declaración fue ratificada por las XXIII JNDC (Tucumán, 2011)

Las Primeras Jornadas Mendocinas de Derecho Civil de 1983 en el mismo sentido concluyeron: "Publicidad posesoria a) En el derecho positivo vigente conserva toda su trascendencia la publicidad posesoria b) Existirá publicidad posesoria cuando a través de ella los terceros interesados hayan conocido o podido conocer la realidad extrarregistral c) En el supuesto de colisión entre las publicidades posesoria y registral prima la precedente en el tiempo"

Nadie duda de la superioridad desde lo estrictamente técnico de la publicidad registral pero desde lo social, la posición del hombre común, el estado de hecho cumple una función exteriorizadora más efectiva que aquella, al visualizarse en forma directa; aun cuando pueda prestarse a alguna equívocidad, de la que tampoco está la otra exenta.

Destaca Ignacio E. Alterini⁶³ que la mutación jurídica real concausal del título y el modo suficientes coadyuva a la paz social en cuanto evita el conflicto por la desconexión entre quien efectivamente posee y quien tiene la titularidad del derecho; protege al más débil jurídico frente a la mutación jurídico real que es quien no es parte en los actos jurídicos con finalidad traslativa; no prescinde de los poseedores con intereses legítimos y tiene implicancias en cuanto a la efectividad del tráfico ya que aventa la posibilidad de que al adquirente que no entabló ningún contacto con el objeto que ingresó a su patrimonio se lo tutele en perjuicio de otras personas.

El Proyecto de 1998 incorporaba normativamente este desarrollo en el art. 1843 (ver nota 70); formulando una aclaración en relación a la inoponibilidad de la publicidad posesoria, salvo que exteriorice una prescripción adquisitiva de plazo cumplido, respecto al derecho real u otra situación jurídica registrada que no se ejerza por la posesión; conflicto que ha dado lugar a distintas posturas interpretativas.⁶⁴

63 Alterini Ignacio E. Transmisiones inmobiliarias, Ed. La Ley p.300 y ss

64 XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán 2011) Comisión 5 "...3.- Poseedor con causa en boleto de compraventa o negocio jurídico equiparable no inscripto. 3. A.- La oponibilidad a terceros de la posesión de un inmueble fundada en un boleto de compraventa o negocio equiparable no inscripto requiere: a) Posesión y boleto de fecha cierta (o certidumbre fáctica de su existencia) anteriores a la registración del documento que invoca el tercero – adquirente, acreedor inhihiente, embargante, etc. -; b) Buena fe. La buena fe requiere que el poseedor haya adquirido del titular registral o a través de una cadena regular de transmisiones. 3. B.- Conflicto entre el poseedor y el acreedor hipotecario o acreedor embargante. Despacho a. El adquirente con boleto en las condiciones precedentemente descriptas triunfa en el conflicto de oponibilidad frente al acreedor hipotecario y el acreedor embargante. La buena fe del acreedor hipotecario requiere la previa constatación del estado posesorio del inmueble (Mayoría). Firmantes: Alterini, Jorge H., Luna,

El art. 1893 CCyCN, lo consagra en los siguientes términos: "...Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso" aclarando luego la diferencia con aquellos supuestos (escasos en nuestro derecho, siendo el relevante el régimen de automotores) en que "el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real".

B) El otro pilar es la publicidad "cartular" o "documental", que además del instrumento se proyecta también hacia lo registral – lo que a veces se soslaya-, en tanto sea la fuente notarial, judicial o administrativa lleva un registro público de lo otorgado.

Vélez Sarsfield ya había contemplado su importancia (arts. 996, 1194, 2663 y notas al primero y al último⁶⁵), incluso para el único caso de publicidad registral que incorporó, en el art. 3193 para la cancelación del derecho de hipoteca.

El X Congreso Nacional de Derecho Registral (Salta 1997) sobre la publicidad por informe o certificado expresó "En el caso en que el error u omisión estuviere relacionado con derechos reales, deben tenerse presente los efectos de la publicidad registral, cartular y posesoria. El XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario 2015) consagró el deber de informarse de la situación registrada a través de la consulta del instrumento registrado o su matriz, según el caso. Si no se procediera de esta manera, faltaría la buena fe exigida por el ordenamiento jurídico (artículos 9 y 961 y específicamente 1893 y 1166 del CCyCN y 12 y 33 de la LRI).

Lo dicho en el punto anterior en relación al art. 1902 CCyCN torna innecesario profundizar en otras consideraciones.

Reafirmando las conclusiones notariales y registrales, las tan citadas XXIII JNDC (Tucumán 2011), recomendaron en su momento "Una futura reforma del Código Civil debe mantener la coexistencia de las publicidades posesoria, cartular y registral". Y ello se ha preservado.

V. A modo de conclusión

El legislador, con conocimiento de los principios y reglas de la materia y de la experiencia en el derecho comparado, debe tener la prudencia y sabiduría en la tarea de su adecuación a la materia a regular para que su instrumentación no produzca crujiidos entre sus piezas, desbaratando por filtraciones en su estructura la solidez perseguida. Para que esa labor sea fecunda tendrá que resistir la tentación como señala Zagrebelsky⁶⁶ de quedar "completamente encerrado en las formulaciones jurídicas, sin conciencia alguna de los fenómenos a los que éstas dirigen su fuerza normativa", para que sus resultados no sean "obras extravagantes de 'juristas puros' (como existen no pocos, orgullosos e inútiles)" y no encandilarse con lo que impresiona (acá también juega la mera apariencia) dogmática y teóricamente perfecto.

Villanustre, Rojas Torres, Pepe, Corna, Morales, Ventura, Padilla, Hirsch, Orelle, Pereyra, Pérez, Fernández, Zencic, Salas, Cornejo, Castruccio, Palomanes, Vázquez, Gabriela A., Anís, Farina, Colombo, Toledo, Barbaglia, Cossari, N.G. Despacho b. En el conflicto con el acreedor hipotecario, no constando su conocimiento del estado posesorio anterior, debe triunfar éste como titular de un derecho real con preferencia que no necesita para su adquisición la tradición posesoria. La solución que da el Proyecto de 1998 al respecto es correcta de lege data (Minoría). Firmantes: Puerta de Chacón, Pujol de Zizzias, Bressan, Casal, Rossetti, Guardiola, Casabé, Sierz.

65 "...Esas cláusulas revocatorias debiendo estar en el mismo instrumento público por el cual se hace la enajenación, no pueden dejar de ser conocidas por el tercer adquirente, pues constan del mismo instrumento que crea el dominio del que lo transmite. Hablamos de escrituras públicas, porque sólo por ese medio puede transferirse el dominio de los bienes raíces, pues respecto de los muebles, el dominio sólo será revocable en el caso que se determina en uno de los artículos de este título."

66 Zagrebelsky Gustavo El derecho dúctil Ed. Trotta p. 133

Vélez Sarsfield y el legislador (civil y registral⁶⁷) del '68, supieron hacerlo. El primero conociendo – y mucho- pero no copiando el derecho francés; los segundos procediendo de igual forma respecto de institutos y principios (sustantivos y registrales) forjados en la doctrina y práctica del Derecho de ese país, Italia, Alemania, Suiza, Australia o España. En ambos procesos se aquilataron las necesidades, posibilidades y desarrollos doctrinario-jurisprudenciales nacionales. El canto de sirenas concomitante y posterior, afortunadamente no hizo variar el trayecto hacia un puerto que como meta final en una medida harto razonable se alcanzó (las transmisiones inmobiliarias son seguras; los fenómenos patológicos y/o delictuales a su respecto son verdaderamente escasos), más allá de las correcciones que se puedan introducir ante la perfectibilidad de todo lo humano. El nuevo desafío se presenta ahora en el acople de los medios tecnológicos para que no llegue a confundirse o sustituirse seguridad jurídica por seguridad informática.

El Registro es un medio para la eficacia de la publicidad, pero no el único. En sistemas no constitutivos, y particularmente en los que se inscriben títulos y no derechos no es lógico despreciar o peor negar “el conocimiento o posibilidad de conocer” adquirible por otras vías: instrumental y/o posesoriamente. El control de legalidad documental debe ser exhaustivo. Procesos de verificación digitales y biométricos que las nuevas TIC's facilitan para la identificación de los otorgantes/rogantes, y todos aquellos que hacen a la autoría e integridad documental deben ser implementados en todas las etapas inscriptorias. Un control efectivo a través del estudio de títulos debe direccionarse también a su matricidad. Pero de nada sirve todo esto si no va acompañadas de un régimen sancionatorio profesional, administrativo y penal, severo y efectivo ante un obrar doloso o negligente (seguridad jurídica preventiva). El sistema de doble control calificadorio (notarial/funcionario/ judicial – registral) reporta mayor efectividad. La relación real tiene implicancia publicitaria definitiva en la mayoría de los supuestos para la buena fe del adquirente. Como señalaba Nuñez Lagos “la apariencia hace inexcusable la ignorancia”.

En tanto se siga exigiendo como acontece la tradición para la adquisición, los verdaderos titulares, salvo excepciones, poco deben temer ya que no podrá cumplimentarse el modo y por ende el cambio de titularidad. Si a ello sumamos la exigibilidad de una actitud diligente en materia documental para tener por configurada la buena fe necesaria, los peligros para titular y adquirente se desvanecen y se evita el conflicto entre seguridad estática y dinámica, funcionando como debe ser: simplemente como dos caras de una misma moneda.

67 Vaya aunque sea en esta nota mi profundo reconocimiento y admiración en esos respectivos ámbitos a los Dres. Borda, Spota y Falbo, Scotti y García Coni

ANALIZANDO EL REGIMEN DE LAS NULIDADES DESDE UN DEFECTO FORMAL (FALTA DE FIRMA EN LA ESCRITURA)

Por **Augusto Luis Piccon**¹

SUMARIO. I. INTRODUCCION. II. DESARROLLO. III. CONCLUSIONES

RESUMEN:

Este trabajo trata la teoría general de las nulidades, pero se hace una vinculación con lo práctico, con la intención de darle al lector de esta revista algo entretenido. Trata de vincularlo con el trabajo cotidiano del notario, la escritura en su aspecto formal, haciendo hincapié en las soluciones de esos defectos que causan la nulidad.

ABSTRACT

This paper deals with the general theory of nullities, but a link is made with the practical, with the intention of giving the reader of this magazine something entertaining. It try to link with the daily work of the notary, the deed in its formal aspect, emphasizing the solutions of those defects that cause nullity.

PALABRAS CLAVE: Nulidades. Efectos Jurídicos. Implicancia Notarial.

KEY WORDS: Nullities. Legal Effects. Notarial Implication

I. Introducción

Es necesario manejar el tema Nulidad, no solo porque es uno de esos temas bases y transversales a todos los institutos jurídicos, sino porque tiene una relevancia práctica en el diario accionar de cada escribano en su escribanía, donde le cabe aplicar el derecho, subsumir el hecho en la norma, antes que al juez.

Este trabajo trata la teoría general de las nulidades, pero se hace una vinculación con lo práctico, con la intención de darle al lector de esta revista algo entretenido, se trata de vincularlo con el trabajo cotidiano del notario, la escritura en su aspecto formal, haciendo hincapié en las soluciones de esos defectos que causan la nulidad.

Sin embargo, tratamos de tener cuidado en esa cuestión práctica, porque cuando veremos la utilidad de todo esto, nuestra mirada no es tan fría, es más interesada. La

¹ Profesor en la Carrera de Notarial en Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Profesor Universidad Blas Pascal y Universidad Católica de Córdoba.

experiencia toma un rol muy importante, pero es necesario que la analicemos como científicos a la luz de los valores que busca el derecho, remontándonos siempre a los principios generales, para dar una solución coherente con todo el sistema. Pese a la contradicción que significa debemos buscar elevarnos a las bases, las que nos van a permitir movernos tranquilos y seguros en el lodo de los problemas concretos.

La idea con este trabajo es analizar todo el régimen de las nulidades en el nuevo Código Civil y Comercial, pero para ello hacerlo desde un caso de nulidad específica, más precisamente una nulidad formal, la falta de firma “de las partes” en una escritura.

Aquí va entonces, un pequeño trabajo tratando de compatibilizar estas ideas, espero haberlo logrado.

II. Desarrollo

Art. 309.- Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan la firma de las partes,...

Concepto de Nulidad

Nada mejor para empezar a hablar de un tema, que ubicarnos en algún lugar desde donde partir, es muy útil para entender cualquier cuestión. Debemos comprender que estamos en el ámbito de la ineficacia, o sea en el estudio de las razones por las cuales un acto jurídico no produce efectos que le son propios.

La doctrina nos marca que hay dos tipos de ineficacia, “se habla así de ineficacia estructural y de ineficacia funcional. En la ineficacia estructural, la privación de los efectos propios de un acto jurídico se produce por defectos estructurales (se encuentran dentro del negocio) y originarios (existen desde el momento de su celebración)... En la ineficacia funcional, la privación de los efectos propios de un acto jurídico se produce a causa de hechos sobrevenidos a la celebración del negocio y extrínsecos a su estructura. Son supuestos de ineficacia funcional: la rescisión, la revocación y la resolución, en las cuales no está involucrada la validez del acto.”² Y por lo tanto el tema que nos ocupa, la nulidad, está relacionado a la ineficacia estructural.

Cuando se la trata de definir, vemos que la doctrina parte en general de establecerla como una sanción, así dice Rivera “La nulidad es una sanción legal que priva a un acto jurídico de sus efectos propios o normales, por adolecer de defectos originarios, orgánicos y esenciales a través de un proceso de impugnación y declaración”³. Malicki le agrega en su definición “con efecto retroactivo y frente a todos (partes y terceros)”⁴.

Varios en doctrina discuten el carácter de sanción, porque esto implicaría el “castigo al autor de una infracción a un deber jurídico”⁵. Esto sería la reacción del ordenamiento legal ante el sujeto que busca infringir la norma. Pero lo cierto es que esta explicación no se corresponde con varios de los casos de nulidad. El mismo Rivera pone de ejemplo el caso del vicio de error no provocado y reconoce que las sanciones son a las personas,

2 MALICKI Anahí Comentario, en Código Civil y Comercial de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley 2014. “La nulidad es una sanción legal que priva a un acto jurídico de sus efectos propios o normales, con efecto retroactivo y frente a todos (partes y terceros), por adolecer de defectos originarios, estructurales y esenciales a través de un proceso de impugnación y declaración”

3 RIVERA, Julio Cesar, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Ed LexisNexisAbeledoPerrot, 1994 Tomo II, Pag 942.

4 MALICKI Anahí Comentario, en Código Civil y Comercial de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

5 FALBO, Marcelo N. “Hacia una depuración de la Teoría de las Nulidades” trabajo presentado en la XXVI Jornada Notarial Argentina, celebrada en Córdoba en el año 2002, pág 20.

no a los actos, por eso también dice que “da paso a la sanción”, que es la privación de efectos fundada en una ilicitud en sentido amplio.

Puede ser simple hablar de sanción, pero evidentemente, nos da una ida errada para entenderla, y como dice Falbo “en la medida que tengamos una preconcepción errada del instituto, esta se trasladará sobre las conclusiones que se vayan desprendiendo de la posterior investigación”⁶. “La ausencia de efectos no se producirá como castigo o sanción a la violación de la ley, sino como consecuencia natural de una conducta que no coincide con el supuesto previsto en la norma que asigna los efectos”⁷. Nos quedaría decir entonces qué es la nulidad para Falbo, para él es “el régimen jurídico que regula los efectos del acto que no ha llegado a conformarse como negocio jurídico perfecto, de acuerdo a los requisitos que la ley establece”⁸.

Existencia y nulidad

Dicen las definiciones de nulidad que los vicios que afectan al acto son “originarios, orgánicos y esenciales” (Rivera), u “originarios, estructurales y esenciales” (Malicki), dejando de lado las primeras dos características, que no hace falta profundizar, puesto que como ya dijimos estar en el ámbito de la ineficacia estructural, damos por sobrentendido que siempre son vicios anteriores o concomitantes al otorgamiento del acto jurídico, y dentro del negocio o acto mismo. El problema está en analizar el carácter de esencial, puesto que muchas veces se establece la invalidez por un defecto que si bien es grave o sumamente grave, no es esencial para la configuración como tal, sino que la ley lo ha establecido como tal, dejando de lado una cuestión ontológica sino más bien valorativa. Por ejemplo los testigos de una escritura pública, no es un requisito exigido por ley como lo era antaño, sino solo para el caso del Testamento, lo que no quiere decir que mañana el legislador piense que no son necesarios para este caso tampoco.

Sin embargo podemos decir que la mayor parte de las veces son esenciales, a la configuración del acto como tal. Podríamos decir que son defectos muy importantes abarcando a los esenciales y a otros, que no lo son pero que son de gravedad, para el fin buscado por la ley.

Esto es una de las diferencias para distinguir la invalidez de la inexistencia, Pero hay otra también sumamente importante.

Como bien dice Zavala “la noción de inexistencia de los actos jurídicos no está subordinada a los textos legales, sino que los domina, no constituye una mera clasificación dentro de la teoría de las nulidades o de la ineficacia de los actos jurídicos, se mueve en un plano diferente no delimitado por la ley, ni es una noción legal, sino que es conceptual. La existencia (y su reverso) corresponde al mundo del ser, y no al jurídico del deber ser”⁹ y como transcribe en su nota al maestro Nuñez Lagos diremos que “El consentimiento, además de existir, ha de ser apto para la eficacia legal de lo contenido, esto es, ha de ser válido. Positivamente, los conceptos son existencia y validez, negativamente inexistencia

6 FALBO, Marcelo N. “Código Civil y Comercial de la Nación” Coordinador Eduardo Gabriel CRUSELLAS, Ed Astrea 2015.

7 FALBO, Marcelo N. “Hacia una depuración de la Teoría de las Nulidades” trabajo presentado en la XXVI Jornada Notarial Argentina, celebrada en Córdoba en el año 2002, pág 20.

8 FALBO, Marcelo N. “Hacia una depuración de la Teoría de las Nulidades” trabajo presentado en la XXVI Jornada Notarial Argentina, celebrada en Córdoba en el año 2002, pág 20.

9 ZAVALA, Gastón Augusto, “Ineficacia y subsanaciones en el documento notarial”, Revista Notarial N°943, Pag 758 Año 2002.

y nulidad o invalidez. Existencia e inexistencia pertenecen a la esfera de los hechos, validez y nulidad, a la escala de valores sobre los hechos, a la calificación de esos hechos, al ámbito del derecho”

Ahora si la nulidad o invalidez fueran solo sobre defectos esenciales, coincidiría estrictamente con la teoría de la inexistencia, puesto que hay inexistencia cuando al acto le faltan elementos esenciales para serlo, dice Carminio Castagno que “la ausencia de siquiera de uno de los requisitos "esenciales" de algo, obsta a su concreción (pudiéndose estar ante la "nada" (inexistencia) o un "algo" distinto”¹⁰.

Inexistencia y Nulidades implícitas o virtuales

Sin embargo aunque vemos que la ley establece la invalidez ante la falta o defecto de elementos esenciales del acto jurídico, también a veces no lo hace, y el problema es que hacemos en estos casos. Con la anterior normativa del código, parte de la doctrina acudía a las nulidades virtuales o implícitas, así Rivera nos decía “la sanción de nulidad puede surgir expresa o implícitamente de la ley”¹¹, o sea siempre en base a la ley, con fundamento en el antiguo artículo 18 que disponía que “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención” y ponía como ejemplo, la exigencia de firma como condición esencial en los instrumentos privados del artículo 1012, sin establecer expresamente su nulidad. Justamente ese mismo ejemplo es el que da Carminio Castagno para establecer donde se aplica la teoría de la inexistencia del acto jurídico. Por su parte Falbo entiende que “en la medida en que conceptualizamos al acto nulo ... como el que no llegó a conformarse como negocio jurídico perfecto, por no haberse cumplido con todos los requisitos que la ley establecía en su modelo normativo, entenderemos que necesaria e indefectiblemente en todos los casos la nulidad tiene su origen en la letra de la ley, sin que sea necesario que la norma mencione -de manera expresa- la palabra "nulidad" o "invalidez". En definitiva, la clasificación se limitaba al ámbito académico, sin que de ella pudieran extraerse consecuencias reales prácticas”. El problema con este último criterio en lo práctico, sería determinar que elementos constituyen el modelo normativo, que da lugar a que su falta produzca la falta de efectos normales y que elementos no, y si queda restringido a lo esencial, estaría más cerca de la teoría de la inexistencia que de la nulidad.

Hoy no tenemos un art 18 en nuestro código civil, por eso cobra mayor relevancia la teoría de la inexistencia, sin embargo es posible concebir la idea de nulidades virtuales todavía, entendiendo como Cifuentes, nulidades establecidas no de una manera literal sino “que puedan imponerse mediante un razonamiento sobrentendido de su letra y de su espíritu”¹², estando más cerca de Falbo, que no cumplan el modelo normativo.

El problema de la teoría de la inexistencia del acto jurídico parte de la su mismo título. Parece un contrasentido hablar de la inexistencia de algo, en relación a algo que existe¹³, o sea evidentemente tenemos algo en nuestras manos, a lo que se le pretende dar

10 CARMINIO CASTAGNO, José Carlos “Inexistencia, invalidez e ineficacia”, Seminario Laureano Morsira Octubre 1995.

11 RIVERA, Julio Cesar, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Ed LexisNexisAbeledoPerrot, 1994 Tomo II, Pag 942.

12 RIVERA, Julio Cesar, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Ed LexisNexisAbeledoPerrot, 1994 Tomo II, Pag 941.

13 Según Wikipedia “El principio de no contradicción, o a veces llamado principio de contradicción, es un principio clásico de la lógica y la filosofía, según el cual una proposición y su negación no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido. El principio también tiene una versión ontológica: nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido; y una versión doxástica: nadie puede creer al mismo tiempo y en el mismo sentido una proposición y su negación. El principio de no contradicción es, junto con el principio de identidad y el principio del tercero excluido, una de las leyes clásicas del pensamiento lógico”

efectos propios de un acto jurídico pero no lo es. O sea que partimos de tener algo que aparenta ser un acto jurídico. También hay que aclarar que la existencia, si bien pertenece al mundo de lo fenomenológico en cuanto a lo volitivo, se confunde con la existencia jurídica (el valer), ya que el acto jurídico no existe como tal en la naturaleza, sino como una construcción abstracta del ser humano, que lo califica como tal. Así una película tiene un substrato real, pero la calificamos como tal o la diferenciamos de un cortometraje, de un comercial por categorías determinadas por el séptimo arte. Sobre todo en cuanto a lo formal, generalmente nosotros compenetrados en lo jurídico, no se nos pasa por la cabeza una declaración de voluntad por escrito sin la firma, pero no todo el mundo piensa que esto sea necesario. Así en los instrumentos privados: si lo hizo de su puño y letra... ¿por qué la firma será esencial para su existencia? Y en un instrumento público: Si lo hizo frente a un funcionario fedatario y este así lo asegura.... ¿por qué la firma será esencial para su existencia? Esto solo nos resulta esencial luego de haber estudiado la ley. Hoy es más, podríamos decir en el primer caso, que es un instrumento particular y no un instrumento privado, pero estos nombres no vienen simplemente de la realidad fenomenológica, sino de la realidad jurídica.

Lo que calificamos es la existencia jurídica, que supone una base de existencia fenomenológica con cierta apariencia de acto jurídico, o sea de una declaración de voluntad con fines de crear modificar o extinguir derechos. **Sino tenemos esa base fenomenológica que analizar, no tendríamos objeto que analizar, y cuando lo tenemos, no queremos ver si existe en la realidad, porque ya es, sino que queremos saber si produce efectos o no, si la ley se lo permite o no.**

El origen etimológico de NULO nos remite al latín "nullus" con el significado de "nada", "nadie" o "ninguno", conformada por el prefijo negativo "nec" y por "ullus" = alguno. Por lo tanto se podría decir que nulo (no alguno) se utilizó para decir que "no es" y por lo tanto podríamos establecerlo como sinónimo de inexistencia. Las palabras nos remiten a lo mismo. Entonces el derecho se encarga de regular este tema, o sea cuando algo "no es" Y lo hace con terminología jurídica, diciendo que es nulo.

Por lo tanto entiendo que no necesitamos recurrir al camino de la teoría de la inexistencia para dejar sin efecto algo que existe y que aparenta ser un acto jurídico y no lo es. Entiendo que no hace falta que la ley literalmente establezca la nulidad en los casos de requisitos esenciales (si en los demás casos), pero estos deben surgir claramente de la ley como tales, y configurar así el modelo normativo. Y lo sano de esta interpretación es que quedándonos en el marco de la nulidad tenemos ya establecida toda la regulación para actuar, me marca quien puede pedir esa falta de efectos, cuando puede pedirlo, etc.

Falta de firma en la Escritura

Anteriormente el Código de Velez decía:

Art 988 "El instrumento público requiere esencialmente para su validez que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él. Si alguno o algunos de los cointeresados solidarios o meramente mancomunados no lo firmasen, el acto sería de ningún valor para todos los que lo hubiesen firmado"

Art.1004.- Son nulas las escrituras que no tuvieren, la firma de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia fuese requerida. La inobservancia de las otras formali-

dades no anula las escrituras, pero...

Actualmente el CCC dice:

Art 290 "Son requisitos de validez del instrumento público: a.... b- las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos."

Art. 305.- Contenido. La escritura debe contener:

f. la firma de los otorgantes, del escribano y de los testigos si los hubiera; si alguno de los otorgantes no sabe o no puede firmar, debe hacerlo en su nombre otra persona; debe hacerse constar la manifestación sobre la causa del impedimento y la impresión digital del otorgante.

Art. 309.- Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.

Terminología del Código

En ambos códigos, se vuelve a repetir en lo atinente a la escritura, lo que se estableciera en relación a los instrumentos públicos, algo innecesario porque la escritura es una especie dentro del género, parece entonces que el requisito se entiende de mucha importancia. La única diferencia es que en el 305 se habla de **firma de los otorgantes** y en el 309 vuelve a hablar (como en el 290) de la **firmas de las partes**.

La terminología empleada en el Código no es del todo precisa. ¿Es lo mismo hablar de parte o de otorgante? ¿Qué entendemos como parte?

Generalmente cuando hablamos de parte entendemos a esta en relación a un negocio jurídico, como aquel que ve afectada su esfera de intereses con el mismo, a diferencia del tercero que está fuera de ese vínculo.

El otorgante en cambio es aquel que "da el negocio jurídico" es un término que se utiliza, tratando de diferenciar al sujeto instrumental del sujeto negocial como lo hace Nuñez Lagos a decir de Herrero Pons¹⁴. Pero la legislación no contiene una terminología tan depurada, y podemos también llegar a entender el término "parte" con un doble sentido, como lo hace Lopez de Zavalía que diferencia entre parte formal y parte sustancial, "Parte formal es quien emite la declaración de voluntad. Parte sustancial es el titular de la esfera de intereses que el contrato tiende a regular."¹⁵

Por lo tanto podemos decir que el Código utiliza esta terminología en el art 309 haciendo referencia a la parte formal o sea al sujeto instrumental, al sujeto que está presente en la audiencia notarial. Si lo hubiera querido usar solo en el sentido de parte sustancial, tendría que aclarar, como lo hizo el 290, "o en su caso de sus representantes", porque

14 HERRERO PONS, Jorge, "Vademecum notarial", Ediciones Jurídicas, Bs As 1997, Pág 25

15 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos. Tomo I Parte General, Bs. As., Zavalía, 1985, Pág. 290.

de lo contrario toda escritura en la que haya representantes tendrían siempre este vicio de nulidad, pues técnicamente no este firmada por la parte negocial en sentido estricto.

Tres tipos de sujetos intervinientes

Para buscar un poco más de claridad en este tema podemos decir que hay tres tipos de sujetos intervinientes en una escritura.

El otorgante, es el sujeto como dijimos que da el acto jurídico, crea, genera un vínculo con otro, ya sea personalmente, en nombre propio o en nombre y representación de un tercero. En ambos casos no nos cabe duda que la ausencia de su firma vicia al acto con la nulidad, no solo por lo esencial que es el consentimiento en el aspecto sustancial, sino también en lo formal, puesto que si otorga en nombre propio no quedan dudas que el sujeto es parte (de una u otra manera) y en el caso del representante porque aunque no lo cataloguemos como parte instrumental, el art 290 (más general) prevé expresamente su caso.

En el otro extremo, tenemos a otros sujetos en la audiencia notarial, como es el caso de los testigos que por participar en el instrumento los llamamos sujetos instrumentales, pero a su vez no serían otorgantes del acto jurídico, porque ellos son ajenos al mismo, es más no deben tener interés alguno, testigos que pueden ser los obligatorios (como el caso del testamento) o los que son traídos por otras razones a la realización del instrumento. En este caso la ley también es clara con ellos, su firma no puede faltar, sin viciar con nulidad la escritura.

Por último tenemos otros sujetos que a veces intervienen en una escritura, son los simples presentes, que no son partes negociales, pero que su declaración (a veces conformidad con el acto) está vinculada al acto jurídico instrumentado. La más común de todas, es la presencia del cónyuge prestando el asentimiento conyugal. Pero no es el único caso, también pueden ser los hermanos del comprador cuando hay una venta del padre al hijo, para manifestar su conformidad con la onerosidad del acto. Podríamos mencionar varios casos más. Estos sujetos que participan del instrumento, pero que vamos a evitar llamar por ahora partes instrumentales para no dar ya nuestra posición, sabemos bien que no son parte del negocio, pero tienen una relación con el acto, a veces muy importante (hablando sustancialmente), como en el caso del asentimiento (porque puede causar la nulidad del acto su falta) y otras veces menos importante (como en el segundo caso que deja abierta la posibilidad de una acción de simulación, y luego de colación y reducción).

Aquí, con este último sujeto, se puede plantear la duda con relación a la falta de su firma ¿que consecuencias trae? Pero para analizarlo debemos entender primero que no estamos en el plano de la nulidad sustancial, sino de la nulidad formal. O sea estamos analizando la jarra y no el líquido que contiene, el continente y no el contenido.

Nulidad Formal y Nulidad Sustancial

Siguiendo a Zinny en este tema diremos que "forma es la manera como el comportamiento se exterioriza, se torna reconocible en la vida de relación. La forma puede consistir en una declaración, una operación o una omisión. Más explícitamente damos forma a nuestros comportamientos: a) hablando (declaración oral), b) escribiendo (declaración escrita), c) manipulando (declaración mediante la computadora), d) gesticulando (declaración del mudo mediante movimientos de la mano, declaración de aceptar la compra

en subasta inclinando la cabeza, etc) e) operando (edificación, tradición, etc), f) omitiendo hablar, escribir, manipular, gesticular, u operar..."¹⁶ Así nos dice el 262 del CCC "Manifestación de la voluntad: Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos, o por la ejecución de un hecho material" .

La forma es "el molde en el que la voluntad, sustancia del acto, se vierte y se hace sensible, adquiriendo un sentido mediante el cual los terceros pueden reconocerla, ponderar sus alcances y prever sus consecuencias."¹⁷ Como bien decía Falbo "El contenido del acto consiste en un pensamiento sin sustrato material. No tiene existencia en el mundo sensible, no vive en el espacio ni en el tiempo.... Lo opuesto ocurre con la forma. Ella en tanto conducta del sujeto pensante que trasmite una idea, necesariamente debe existir en el mundo sensible del aquí y del ahora."¹⁸ Pero como bien lo aclara "la manifestación escrita, como acción, se produce materialmente en el papel, y que por lo tanto el negocio (como voluntad declarada) se forma en el documento. Por ende, en el documento se constituye el negocio."¹⁹ El documento no es prueba que se hace a posteriori del negocio, sino que es la manera en que el negocio paso al mundo de lo fenomenológico. El documento es primordialmente constitutivo y secundariamente probatorio del negocio.

Es muy importante plantear dos ámbitos diferenciados donde se extiende la nulidad del acto jurídico, porque de ellos se derivan consecuencias distintas. Como decía el maestro de mi maestro, o sea el doblemente maestro Moisset de Espanes, hay que distinguir "entre "acto instrumental" y "acto instrumentado", insistiendo en que cuando enfrentamos una escritura pública debemos distinguir "contenedor" y "contenido", pues en ella hay un acto fruto de la voluntad de las partes (acto instrumentado), que para expresarla recurren al notario que lo dota de una forma (acto instrumental)."²⁰

Volviendo al tema anterior, de las faltas de firmas, podemos decir que sustancialmente hay declaraciones de los simples presentes más o menos importantes, y no nos interesa analizar desde este punto de vista su falta que consecuencias acarrea. Estamos mirando al instrumento, al acto desde el punto de vista formal, todos estos simples presentes están en un pie de igualdad entre si y con los otros sujetos que intervienen, son sujetos que el funcionario dice que participan y que firman de conformidad, luego de la lectura y no lo hacen. ¿Qué pasó en la audiencia notarial? ¿Por qué no firmó? Quizas se olvidó el escribano indicarle firmar, quizás no quiso hacerlo, quizás no era cierto que estaba presente, no lo sabemos. Lo que sabemos es que hay una irregularidad, y esta irregularidad tenemos que estudiarla desde la forma.

Interpretación de las normas que la exigen

En este contexto, el de la forma, como se lleva a cabo ese instrumento, tenemos que ver cual es el sentido de estas normas. Por de pronto analizar que hubiera pasado si no estuvieran. Lo que buscan estas normas (especialmente el art 290) en primer lugar, es proteger a los que signaron el documento antes que otros lo hicieran. Porque hay una

16 ZINNY, Mario Antonio, "El Acto Notarial (Dación de fe)" 2ª Edición, Ed Depalama, Bs As 2000, Pág 13

17 ABELLA Adriana, Código Civil y Comercial. Comentado, anotado, y concordado. Coord Eduardo Gabriel CLUSELLAS, Ed Astrea año 2015, Pág 709

18 FALBO, Marcelo N. "Hacia una depuración de la Teoría de las Nulidades" trabajo presentado en la XXVI Jornada Notarial Argentina, celebrada en Córdoba en el año 2002, pág 9.

19 FALBO, Marcelo N. "Hacia una depuración de la Teoría de las Nulidades" trabajo presentado en la XXVI Jornada Notarial Argentina, celebrada en Córdoba en el año 2002, pág 20.

20 MOISSET DE ESPANES, Luis y Márquez, José F. "Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano" Revista del notariado no. 897, 112, jul-sep 2009, p. 289-300.

imposibilidad física de que hagamos firmar a todos los sujetos (más cuando son varios) al mismo tiempo. Nadie imagina al notario entregando una lapicera a cada parte y diciendo "preparados, listos ya!!" para solucionar este inconveniente.

Si no existiera esta norma tendríamos solo que analizar quienes firmaron para ver que contratos quedaron realizados. Si en un instrumento se planteara la venta de A a B y de B a C, y al momento de firmar solo lo hicieran A y B, de no existir esta norma quedarían obligados A y B, pero no habría vínculo jurídico entre B y C. Pero al existir esta norma, la solución es distinta, si C no firma tampoco hay vínculo entre A y B. La razón es, que al no firmar al mismo tiempo, no se respetaría la voluntad de A y B. Dándole efectos a este instrumento en que no firma C, estaríamos burlándonos de la voluntad de A y B, ya que lo más probable es que por estar todo en un solo instrumento, seguramente la voluntad de A era contratar con B porque este se vinculaba con C, o sea como condición del negocio; o B se vinculaba con A, solo si C también se vinculaba a él. Esto está explicado en la nota de Velez al 988 donde dice así "El consentimiento dado por las partes signatarias es entendido que es bajo condición de que las partes no signatarias se obligarán también. Si esta condición no se realiza nada se habrá hecho".

Piensen que Vélez habla de "partes signatarias" y en este sentido podemos entender que no hace falta que sean partes sustanciales de un contrato, los artículos se refieren a partes instrumentales, porque lo mismo pasaría con el consentimiento de los firmantes en el supuesto que un simple presente (que supuestamente iba a firmar) no firma prestando su conformidad. Darle entidad a ese instrumento es vapulear duramente la voluntad del sujeto firmante. El ejemplo concreto es ir a comprar un inmueble, se lee la escritura, firma el vendedor, firma el comprador y luego el hermano que decía prestar su conformidad con la onerosidad del acto, no firma. ¿Qué pasa con ese contrato? esto ¿era lo pactado?, pues no, el comprador firmó entendiendo que el hermano firmaría a continuación, sino lo hizo, pues "nada se habrá hecho" (como dice la nota de Velez). No puede obligarse al comprador en estar vinculado en esta situación, o sea, no estamos hablando del derecho del hermano que no firmo a pedir la nulidad, estamos hablando del derecho del comprador a pedirla, establecer que no hay posibilidad de pedir la nulidad en este caso por falta de firma del simple presente, desprotegería al firmante de buena fe, que es lo que busca proteger la norma en principio, pero no solo eso...

Este sentido primero de la norma no agota toda su interpretación, ella también es una de las tantas normas establecidas dentro de las reglas a seguir por este funcionario fedatario, y que hacen al Rito, o sea las formalidades legales o solemnidades.

El rito es el cumplimiento de las formalidades legales o solemnidades, o sea forma como el procedimiento establecido para llegar a la forma (resultado). Toda esa normativa que regula el actuar del notario cuando debe confeccionar el instrumento, que no queda librada al azar, desde que le establece donde realizarlo (Protocolo, Registro de Intervenciones), y específicamente en que lugar de la hoja empezar a escribir (Cabeza de sello), con que tinta trabajar, el idioma que debe utilizar, los elementos de orden que debo consignar (número de escritura, fecha, lugar), como corregir los errores que se hayan realizado, la lectura, la unidad de acto, etc.

"El derecho notarial es, ante todo, un derecho documental que se refiere a una clase de documentos - los autorizados por notarios - y no regula la forma de los contratos sino

las formalidades o forma procesal procedimiento. "El notario no puede, con su sola intervención, producir el instrumento público; uno por uno, todos sus movimientos están reglados. El notario necesita sujetarse, antes de la firma y después de la firma, a una serie de normas adjetivas, formales, y que en su conjunto definen al derecho notarial como derecho formal, lo que antes que nada quiere decir: Derecho que en sí es todo, colección de formalidades, esto es, forma y procedimiento, FORMA DE LA FORMA y no sólo forma de actos y contratos. La forma de los actos notariales se nos presenta más amplia, y más compleja que la forma del acto jurídico que se contenga en el instrumento. Por otra parte, el mismo Núñez - Lagos enseña que la fe pública, para ser tal exige una fase de solemnidad. *El acto de evidencia no tiene fe pública si no se produce en un acto ritual de solemnidad regulado, con más o menos trámites por la ley. Es lo que se llama el rigor formal de la fe pública. La evidencia dentro de la solemnidad, esto es, dentro del conjunto de garantías legales para la fiel percepción, expresión y conservación del hecho histórico*".²¹

Justamente y no por casualidad, la génesis del valor probatorio del instrumento público que vemos en el Corpus Iuris Civilis va de la mano del comienzo de normas que regulan la manera de trabajar del Tabelión en su instrumento "El año 528 puede ser la partida del movimiento ordenante de la notaría. De ese año es la reglamentación justineana del documento tabeliónico, del cual resultan la preparación de la Schela y la obligación de pasar en limpio in mundum el negocio o el acto jurídico que abreviadamente se tomaba en la schela... La novela XLIV concertó el modo y la manera de actuar en la statio o plaza, fundando la obligación de prestar el ministerio profesional... No había terminado el 537 cuando se fijaron los requisitos del documento que debía contener el año del imperio, la fecha en que hubiera sido fundada la ciudad donde se extendía el documento, el nombre del consul que gobernaba, la indicación, el mes y el día de instrumentación notarial..²²

Cada norma en cuanto al rito, no es fruto de la casualidad, sino que cada una cristaliza la rica experiencia obtenida a través de los años²³, para lograr que el Notario pueda percibir con claridad la realidad a plasmar en su instrumento, para que modele el mismo de una manera segura que no de lugar a confusiones, para que quede resguardado el instrumento y perdure esta fuente de verdad por mucho tiempo.

Por todo esto podemos decir que esta Fe Pública no es completamente un salto al vacío del Estado, un depósito de su valor verdad en un sujeto por sus cualidades y prestigio, sino que el Estado trata a través de esa misma legislación de que el camino que tiene este sujeto para decir la verdad, esté regulado de tal manera que no tenga otra posibilidad. **Este rito es la garantía para toda la sociedad**, puesto que el valor probatorio del instrumento público es erga omnes. Hay que asegurarle al tercero que su fe en ese instrumento no va a ser traicionada. Por lo tanto la norma entendemos también es parte de ese rito y busca proteger la verdad del instrumento que hace plena fe.

Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa

La principal clasificación existente en nuestro ordenamiento legal es la que divide a la nulidad, según si la privación de los efectos se hace en miras a un interés particular o de

21 PELOSI, Carlos A. "El documento Notarial", 3ª reimpresión, Ed Astrea, Bs As 1997, Pág 179

22 PONDÉ, Eduardo Bautista, "Origen e historia del Notariado", Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 545

23 Por ejemplo cuando en la novela XIV de la obra de Justiniano se establece la unidad de acto, el legislador explica los problemas que se habían suscitado en un caso por no estar presente unos en presencia de otros, durante todo el acto, el conflicto que generaba no poder tener una versión completa de lo que había pasado y que la norma se establecía con esa finalidad

un interés de la comunidad toda.

Art. 386. Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas.

Decía Pelosi con el anterior código que “la separación entre nulidades absolutas y relativas se basa esencialmente en el interés que resulte perjudicado... La nulidad absoluta se da cuando el interés vulnerado es el social o de orden público... La relativa es la que afecta un interés particular”.²⁴

Anteriormente el código no era tan claro en el criterio de distinción, se sacaba por interpretación. Por eso era muy necesario el análisis que brindaba la doctrina. Sin embargo hoy, que expresamente lo preceptúa, utiliza una terminología para la absoluta que da lugar a una amplia disquisición, “orden público”. “La noción de orden público es variable por las circunstancias de tiempo y espacio. Se han proporcionado explicaciones doctrinarias que no satisfacen. Según Despagnet se refiere al conjunto de reglas que, dadas las ideas particulares admitidas en país determinado, afectan los intereses esenciales de ese país. Para Busso es criterio casi unánime en la doctrina considerar leyes de orden público aquellas que han sido dictadas en el interés de la sociedad, por oposición a las dictadas preferentemente en mira del interés individual.”²⁵ “Pero adviértase que el tipo de ley que rige el caso no basta para calificar la nulidad, pues hay normas de orden público (v.gr. las que se refieren a la incapacidad) que al ser violadas dan lugar a la nulidad relativa, porque en estos casos el derecho protegido es el del incapaz y no el de la sociedad en general.”²⁶ Como decía Carminio Castagno “Hay “interés general” cuando el bien tutelado excede la esfera individual. Un precepto es de “orden público” si no puede ser modificado por la autonomía privada. En consecuencia, ambas nociones responden a diferentes criterios, combinables y no siempre coincidentes. Así: si bien las normas tuitivas del “interés general” son de orden público, la recíproca no es exacta.”²⁷ Entendemos entonces que el concepto aquí aplicable a orden público no es el más común entendido por la doctrina, sino el que lo establece como en interés de la sociedad toda y hubiera sido mejor hablar de interés general, como se entiende por contraposición a interés individual de la nulidad relativa.

Sin embargo el problema teórico para hablar de una y otra, es poco en relación al problema que se presenta con esta clasificación ante el caso concreto, cuando hay que determinar que busca proteger la ley ante la norma específica, como veremos más adelante.

Si hay algo que no da lugar a dudas, son las consecuencias que se derivan de esta clasificación, cuando estamos en el marco de la nulidad absoluta, ellas son más gravosas, porque no puede sanearse por la confirmación del acto, no prescribe y se permite que más personas puedan plantearlas.

Art. 387. Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por

24 PELOSI, Carlos A. “El Documento Notarial” Ed. Astrea, 3ªreimpresión Bs As 1997, Pag 293

25 PELOSI, Carlos A. “El Documento Notarial” Ed. Astrea, 3ªreimpresión Bs As 1997, Pag 293

26 MALICKI Anahi Comentario, en Código Civil y Comercial de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

27 CARMINIO CASTAGNO, José Carlos “Algo más sobre los Actos nulos y anulables”, Revista del Notariado, N°854, Pág 51.

el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.

Consecuencias lógicas, si vemos que la ofensa no es a un sujeto, sino a una comunidad de sujetos, de permitirse la confirmación “subsistiría la relación jurídica generada por el acto y se mantendría viva la ofensa al interés general afectado”²⁸ y por ende la ofensa al resto de los sujetos de esa comunidad, al igual que hacer posible su prescripción “permitiría la confirmación tácita del acto por el transcurso del plazo de prescripción.”²⁹

Volviendo a nuestro caso, el de la falta de firma de la escritura, tenemos dos motivos o finalidades buscadas por la norma, una en relación a un interés individual de cada uno de los sujetos firmantes, para que tenga vida el documento in totum, o sea todas las declaraciones de los distintos sujetos que intervinieron y no solo alguna de ellas, pues de lo contrario no reflejaría el instrumento la verdadera voluntad cuando firmo el sujeto. Pero por otro lado la norma integra el rito, como garantía de la verdad que impone este documento especial que tiene fe pública, la ley exige la conformidad de los sujetos y no basta que el escribano narre el hecho ocurrido, y desde este punto de vista, esta interpretación de la finalidad de la norma, está protegiendo un interés general de la comunidad toda, que tiene que tener por cierto el hecho. Como dice Falbo de la escritura pública, “no solo es interés de los otorgantes, sino además en protección de los terceros ajenos al negocio. Es la comunidad entera la que necesita asegurar la certeza y autenticidad...”³⁰

El problema teórico para hablar de una y otra, es poco en relación al problema que se presenta con esta clasificación ante el caso concreto, cuando hay que determinar que busca proteger la ley ante la norma específica, concepto que muchas veces es revertido teniendo en cuenta las consecuencias para una y otra, lo cual no es correcto. Es una confusión frecuente (generalmente en el estudiante de derecho), tratar de determinar si el vicio causa la nulidad absoluta o relativa a través de sus efectos, o sea determinar primero si es confirmable o no, prescriptible o no, etc y luego establecer entonces si se trata de una nulidad absoluta o relativa. Los efectos o las consecuencias, son segundos en el tiempo, por eso es un error, clasificar el tipo de nulidad en base a ellos.

“Prácticamente, hay acuerdo en la doctrina y jurisprudencia (salvo algunos casos minoritarios), que la falta de firma de algún compareciente, acarrea la nulidad manifiesta y absoluta del instrumento público notarial... Esta nulidad es inconfirmable e imprescriptible para la mayoría de la doctrina, aunque en los últimos tiempos han surgido algunas teorías que intentan ponerle plazo de prescripción o zanjar el problema de otro modo”³¹ Hay que aclarar que también en general se habla de la firma de los comparentes sin hacer distinción.

Por supuesto que esto es una interpretación, y hay opiniones en contrario una opinión

28 MALICKI Anahi Comentario, en Código Civil y Comercial de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

29 MALICKI Anahi Comentario, en Código Civil y Comercial de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

30 FALBO, Marcelo N. “Hacia una depuración de la Teoría de las Nulidades” trabajo presentado en la XXVI Jornada Notarial Argentina, celebrada en Córdoba en el año 2002, pág 21.

31 SIERZ, Susana Violeta, “Derecho Notarial”, Editorial Di Lpalma, Buenos Aires 1988, pág 242

muy destacada, así en sentido contrario, es la de Lamber³² respondiendo a un caso (antes de la reforma del Código) en el que faltó la firma de la cónyuge, diferenció la nulidad sustancial de la formal, pero en lo formal estableció que era una nulidad relativa, por lo tanto subsanable. Traigo a continuación su explicación: *“¿Podemos ahora afirmar que se trata de una nulidad absoluta y que como tal es inconfirmable? Sería como la búsqueda de la nulidad por la nulidad misma, borrando cualquier forma de subsanación, cuando lo que debe rescatarse es el acto cuando no produce lesión alguna ni a las partes ni a terceros. “El principio de conservación -dice GATTARI- aquél que los latinos expresaban con el aforismo magis valeat, quam percal (es preferible que subsista válidamente, y no que perezca), lo cual no deja de ser una aplicación jurídica de aquel principio universal que tienen todos los seres: la existencia”. (GATTARI, Carlos N., Manual de Derecho Notarial, pág. 235, Ed. Depalma, Bs As. 1988)... Por ello, aceptarnos como absolutamente legítimo y subsanatorio el acto posterior en que la omitida cónyuge, cuya firma no figura en la escritura matriz a pesar de la manifestación del escribano, viene a declarar, ratificar y otorgar su asentimiento, completando un rasgo material que contradecía a la integridad fedante del documento y que ahora lo deja totalmente subsanado.”*

Por mi parte vuelvo a insistir en mi opinión, el defecto causa la nulidad absoluta por los intereses en juego, si hubiera una confirmación (nulidad relativa) no debería ser solo del que no firmó el instrumento, sino también del que lo firmó. Pero el vicio causa la nulidad absoluta, es la comunidad la que puede poner en duda la veracidad de ese instrumento que se le pretende imponer como cierto y verdadero, y tiene fundamentos para sospechar, al no haber seguido el rito el escribano como correspondía. La puerta está abierta para que se pida la nulidad y no es la nulidad por la nulidad misma, es la nulidad para protegernos a todos, de actos mentirosos que toman apariencia de verdaderos. Por supuesto que el juez va a evaluar en el caso concreto que determina, va a tener en cuenta valores en juego, y puede no declarar la nulidad, pero esto no significa cambiar la naturaleza del vicio.

Nulos y Anulables

Esta clasificación, en principio, no ha sido tenido en cuenta en el nuevo código, como estaba presente en el de Velez, que a su vez no los conceptualizaba, pero nos daba ejemplos de unos y otros.

Para esta división, en su mayoría, la doctrina tenía en cuenta “la forma de presentarse el defecto a los ojos del juzgador.”³³ En los actos nulos decía Rivera: “el defecto se presenta al magistrado de modo manifiesto y rígido”, lo manifiesto no apuntaba a la ostensibilidad visual sino a la posibilidad del juez de subsumirlo en una hipótesis normativa prevista, no apuntaba a si surgía del documento mismo el defecto, sino que surgiendo del proceso, del expediente, este defecto no cabía dudas era el presupuesto reactivo de la norma que establece la invalidez del acto, sin necesidad de valorar otras circunstancias. A su vez, lo de rígido, hace referencia a que “no es susceptible de grados”, se presenta fijo. Por eso la tarea del juez de valoración es mínima, en estos casos.

Por el contrario en los actos anulables, el defecto no aparece manifiesto a los ojos del juzgador, éste tiene que evaluar y conocer todas las circunstancias que rodean al acto

32 LAMBER, Rubén, “NULIDAD POR FALTA MATERIAL DE FIRMA DE OTORGANTE PRESENTE. SUBSANACION”. Cuadernos de Apuntes Notariales N° 10, caso N°129

33 RIVERA, Julio Cesar, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Ed LexisNexisAbeledoPerrot, 1994 Tomo II, Pag 942.

para subsumir el hecho en la norma, porque el hecho es susceptible de grados, o sea puede estar en más o en menos, es flexible y esto le permite al juez determinar si el defecto despierta a la norma o no, en el caso anterior no le permite al juez esta disquisición.

Había críticas a esta clasificación, porque estimaba que "las violaciones de la ley que se fulminan con la invalidez no pueden variar de efectos porque sean visibles o estén ocultas (Galli, Buteler Cáceres, Malicki)"³⁴. Además, aseguraban que aunque la ley decía que los actos anulables se tenían por válidos se "confundían los conceptos de invalidez y nulidad, pues tanto el acto nulo como el anulable eran inválidos y en ambos casos, para llegar a la ineficacia, había que impugnar el acto para dar estado a la declaración de nulidad y, también en ambos casos, declarada la nulidad el efecto era retroactivo. De allí, que no era ajustado el texto de los mencionados artículos al decir que el acto anulable es válido o se reputa válido hasta la sentencia que lo anula (art. 1046) y que el acto nulo se reputa tal aunque su nulidad no haya sido juzgada (art. 1038)."³⁵ Además también entiende la doctrina que con la reforma en 1968 del art 1051, quedó prácticamente sin aplicación práctica. Anteriormente por interpretación doctrinaria se circunscribía la protección a los terceros de la declaración de nulidad, solo cuando el acto fuera anulable y no nulo, pasando a proteger al mismo sea el acto nulo o anulable. Por esa razón quedó como única consecuencia, y siempre y cuando se asimile al acto nulo con el de nulidad manifiesta, la posibilidad de la declaración de oficio por el juez cuando hay nulidad absoluta, ("para que proceda la declaración oficio por el juez es preciso que se trate de un acto nulo de nulidad absoluta"³⁶) y aún así hay quienes dicen que carece de todo sentido, como Falbo, puesto que "esa consecuencia no se origina en la característica de la nulidad, sino en la naturaleza de la actuación del Juez... los principios procesales le impiden efectuar investigaciones de hecho, si no le son requeridas a instancia de parte. Luego, la única manera de que el Juez la declare de oficio, será porque la nulidad se le presente espontáneamente frente a sus ojos, independientemente de la consideración de una categoría manifiesta de nulidad"³⁷

Si bien no existe ya esta clasificación desde el punto de vista jurídico no puede "soslayarse que ella tiene entidad ontológica propia y por tanto subsiste plenamente desde el punto de vista fáctico. Es evidente que el vicio que invalida un acto puede a veces estar manifiesto, patente, y otras veces, oculto."³⁸

La falta de firma de una escritura, tornaría al acto en esta clasificación como acto nulo, puesto que sería manifiesto a los ojos del juzgador el vicio, y el vicio no es flexible, no podría tener una consideración de grados, el instrumento tiene la firma o no la tiene, no hay mucho que pensar para subsumir el hecho en la norma. Evidentemente que va a ser más fácil determinar si el acto tiene el defecto o no en los nulos.

Resolución judicial declarativa

La doctrina moderna se preocupa en distinguir invalidez de nulidad como dos términos distintos, así dice Malicki que "el acto defectuoso (inválido) no es automáticamente

34 MALICKI Anahí Comentario, en Código Civil y Comercial de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

35 MALICKI Anahí Comentario, en Código Civil y Comercial de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.

36 RIVERA, Julio Cesar, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Ed LexisNexisAbeledoPerrot, 1994 Tomo II, Pag 946.

37 FALBO, Marcelo N. "Hacia una depuración de la Teoría de las Nulidades" trabajo presentado en la XXVI Jornada Notarial Argentina, celebrada en Córdoba en el año 2002, pag 20.

38 BITTAR DE DURALDE Amara y MANTEGANI, Silvia "Las enmiendas no salvadas en los instrumentos públicos en el marco del Código Civil y Comercial de la Nación" Revista Notarial N°92 (año 2015), Pág 339

ineficaz (nulo); a la causa de la nulidad hay que actuarla. Para pasar de la invalidez a la ineficacia hay un proceso que va del defecto a la impugnación del acto, a la prueba del defecto y a la declaración que da estado a la nulidad". Pareciera entonces que un acto es nulo cuando hay declaración judicial que lo categorice como tal.

Sin embargo cuando estudiábamos la clasificación de actos nulos y anulables, la doctrina decía que era un error pensar que hay actos que se reputan validos (como decía el Código de Velez) hasta la sentencia que declare su nulidad (los anulables) porque en realidad tanto en el código de Velez como en el actual, los efectos de la nulidad son siempre retroactivos, o sea una vez declarada la misma, se equiparan ambos casos, y se deja sin efectos desde el momento mismo del acto y no desde la sentencia. Por lo tanto pensar en un acto con defectos, que da lugar a la ineficacia, como válidos hasta que se declare su nulidad sería un error, son actos nulos, pero que todavía no fueron declarados tales por una sentencia, porque ya tienen el defecto. A lo sumo estaremos en discusión con alguien que lo considere válido.

Entiendo más bien, que esta es una cuestión terminológica, que se trata de imponer para diferenciar al acto defectuoso o que no es tal, con el que es declarado defectuoso o no es declarado como tal. Pero esto no debe implicar ver la sentencia como constitutiva, no es el juez quien la establece, ni siquiera a la ineficacia que ello conlleva, es la ley quien lo hace, el juez solo verifica si realmente hay un desperfecto, como si tuviera que dirimir el conflicto sobre de que color son los tomates, rojo bermellón o rojo carmín, el Juez lo único que hará será decir de que color fue siempre el tomate, y lo más importante imponer las obligaciones que surgen por esa ineficacia, como la de restituir, y volver todo al estado anterior, con la fuerza que le da la misma ley.

Además aún con el anterior régimen que nos permitía reputar a un acto como válido, o como nulo, siempre existió la posibilidad de plantear una controversia en cuento a la nulidad o no de un acto, y en ese caso esta debería dirimirse en sede judicial, tanto para los actos nulos (aún como dice Falbo cuando "la causal fuese patentemente manifiesta, grosera y absoluta"³⁹), como en los anulables en los cuales el defecto no es patente o depende de una valoración por el tipo flexible con el que es normado.

El juez, en uno y en otro caso, lo único que hace es verificar si existe el defecto, la falta de un requisito establecido por la ley para la configuración del acto como tal, él solo va a declararlo nulo.

Puede o Debe

Si bien no tenemos la clasificación en nulos o anulables, para plantear la posibilidad de sentencias constitutivas o no, el nuevo Código Civil y Comercial, ha cambiado la redacción en cuanto a la declaración de nulidad en caso de nulidad absoluta, anteriormente el Código decía art 1047 "La nulidad absoluta **puede y debe** ser declarada por el juez cuando aparece manifiesta en el acto", hoy el art 387 solo menciona la palabra "**puede**" dice el artículo en cuestión "*La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aún sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia*". Con lo cual podríamos decir que al ser una facultad del juez declararla o no, su sentencia es constitutiva, dependerá del arbitrio del juez.

39 FALBO, Marcelo N. "Hacia una depuración de la Teoría de las Nulidades" trabajo presentado en la XXVI Jornada Notarial Argentina, celebrada en Córdoba en el año 2002, pág 21.

Sin embargo no es esa la interpretación que debemos hacer del artículo, la posibilidad hace más hincapié, en relación a que no ha mediado petición de parte, y eso la diferencia de la nulidad relativa, en la que el juez no tiene esa posibilidad, y esto se debe a las características que hemos apuntado anteriormente, que es la protección del interés general.

Parte de la doctrina piensa que esta redacción diferente, fue realizada adrede, pese a no estar esto dicho en los fundamentos, para mostrar que no siempre el juez va a declarar la nulidad del acto, pese a tener el defecto. Dice Falbo: "Es evidente que este cambio no ha sido impensado... Este apartamiento de las fuentes nos permite inferir que en la idea del legislador subyace la posibilidad de considerar que, en ciertos supuestos especiales, es conveniente no declarar la nulidad y mantener la eficacia del acto, en la medida en que se considere que el requisito legal incumplido no alcanza para afectar el interés general ni a afectar la valoración ética que el juez realice, en virtud de circunstancias particulares"⁴⁰. Pero esto no es necesario remarcar, no hacía falta borrar esa palabra, puesto que siempre el juez debe valorar intereses en juego, y así como no castigaría por robo a quien tomó una manzana por hambre, que pertenecía a otra persona, porque entiende que la vida es un valor superior al de la propiedad privada, también lo hará si hay otros intereses superiores en juego, la misma ley frena a veces los efectos de la nulidad expresamente, como lo hacía el 1051 y lo hace ahora el 392 ante el tercer adquirente a título oneroso y de buena fe, y ya no le deje evaluar si este es un valor superior o no, sino que se lo impone, es taxativo y por lo tanto ese aparente acto jurídico que no es tal, porque tiene un defecto originario, estructural, esencial o importante, va seguir produciendo efectos como uno válido. Lo que sucedía también antes cuando el artículo tenía la palabra debe.

De todas maneras, no implica esto ponernos en la vereda del frente, el juez no puede dejar pasar el no cumplimiento de una norma establecida en interés de toda la comunidad, es su deber, tanto es así que puede hacerlo aunque no haya pedido de parte. Y hacerlo no es simplemente declarar la **nulidad por la nulidad misma**, sino hacerlo en protección de ciertos valores. Si ese instrumento público está en sede judicial, es porque algún problema hay, y aunque nadie haya planteado el defecto del instrumento como este es uno de los elementos a tener en cuenta en la controversia, el juez puede decidir no contar con él, porque los defectos del rito no le dan la garantía suficiente de contar con la verdad, esa irregularidad, le hace dudar, y si tenemos duda no tenemos fe, el instrumento no sirve, el instrumento no es instrumento público, NO ES o ES NULO.

Vamos nuevamente a nuestro, supuesto, este que nos acompaña para bajarnos un poco a la realidad. La escritura que tiene el juez como uno de los elementos a tener en cuenta en el conflicto judicial, y a la que le falta una firma, tiene un defecto que causa su nulidad, o sea que la ley ha establecido su no valor, pero que de hecho circula en el tráfico comercial como aparente instrumento válido. Puede declararlo nulo, tiene todos los elementos para hacerlo como vimos, pero también puede dejar que siga circulando con la apariencia de tal, si hay otros valores en juego que considera superiores a proteger. Sin perjuicio que más adelante alguien pueda plantear su nulidad, porque no significa tampoco tener cosa juzgada el hecho que haya pasado el instrumento manifiestamente nulo por sede judicial, sin pronunciamiento alguno.

40 FALBO, Marcelo N. "Código Civil y Comercial de la Nación" Coordinador Eduardo Gabriel CRUSELLAS, Ed Astrea 2015, Pag 183.

Declaración en sede notarial

Dice Rivera “para pasar del acto defectuoso al acto ineficaz (a la nulidad del acto), hay un proceso que va del defecto a la impugnación y de la impugnación a la declaración que da estado a la nulidad. Dicha declaración, según apunta López Olaciregui, puede ser **privada o judicial**. Es decir que o se ponen de acuerdo en dejar sin efecto el acto (supuesto en el cual los efectos serán los del distracto) o se someten a la justicia.”⁴¹.

Hubo una discusión muy interesante en doctrina, sobre la posible declaración de nulidad en sede notarial de un acto jurídico, entre dos excelentes autores, que vale la pena recordar.

Por un lado Di Castelnuovo concluía en aquel trabajo, que se hizo para un dictamen, que “La declaración posterior de las partes en sede notarial acerca de la nulidad de un contrato es lógicamente posible, jurídicamente válida y resultará plenamente eficaz.”⁴²

Falbo por su parte disenta de esta posibilidad, diciendo que “Hay un principio rector en materia negocial. Cuando dos personas acuerdan reglar sus derechos, la ley protege esa voluntad asignándole las consecuencias queridas, pero con una importante limitación: ese acuerdo no puede perjudicar a terceros. Ese perjuicio -es decir el trasladar los efectos a un tercero-, que bien puede ser impuesto por la ley, no es potestad de la voluntad de los particulares. Cuando hablamos de nulidad, en cambio, sus consecuencias se extienden a todos los ciudadanos en forma retroactiva. Ahora bien, no cabe ninguna duda de que dos personas pueden por mutuo consentimiento dejar sin efecto las consecuencias queridas de un contrato. De hecho, el art. 1200 lo prevé expresamente. Pero no podrían por mutuo consentimiento establecer que el acto nunca ha existido, extinguiendo sus efectos retroactivamente”⁴³.

Por su parte Di Castelnuovo entendía que no cabe la posibilidad de rescindir contratos ya concluidos, estando en contra en esto con Solari Costa para quien si se podía. Hay que aclarar que hablaban particularmente de los actos simulados entendiendo Solari Costa que a estos le falta el modo, pero Di Castelnuovo entendía que faltaba mucho más que el modo, faltaba el acto. Decía Di Castelnuovo “podíamos entender que no se compartiera aquello de que no puede rescindirse lo que “ya fue”, pero que nos resultaba sorprendente que pudiera rescindirse lo que “nunca fue”⁴⁴.

A esto contestaba Falbo que si podían hacerlo, y en un dialogo imaginario muy didáctico, hacía ver que aunque el día de mañana un juez dictamine que no podrían haber realizado el distracto de un acto nulo, esta solución ya está dando por sentado que el primer acto es nulo y por consiguiente, este distracto insustancial, no causa nada porque ya al tener por nulo el primero los efectos no se produjeron.⁴⁵

41 RIVERA, Julio Cesar, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Ed LexisNexisAbeledoPerrot, 1994 Tomo II, Pag 935.

42 Di Castelnuovo, Gastón R. “Nulidad. Viabilidad de su declaración por las partes en sede notarial”. Revista notarial no. 948, 110, may.ago.04, pp. 320

43 FALBO, Marcelo N. “Declaración de nulidad en sede notarial”. Revista notarial no. 949, 110, sep-dic 04, p. 721-725.

44 Di Castelnuovo, Gastón R. “Nulidad. Viabilidad de su declaración por las partes en sede notarial”. Revista notarial no. 948, 110, may.ago.04, pp. 312

45 FALBO, Marcelo N. “Declaración de nulidad en sede notarial”. Revista notarial no. 949, 110, sep-dic 04, p. 721-725. Por fin, con el antecedente de un acto celebrado, y con la inaptitud para considerar su invalidez, nada impide que de común acuerdo desistan del mismo, extinguiendo las obligaciones y retirando los derechos que se hubiesen producido de acuerdo a derecho. ¿Qué podrían objetar el registrador, un tercer adquirente o, en suma, un juez, ante un futuro conflicto?

Di Castelnovo se resistía a recurrir a los estrado judiciales, cuando no había conflicto que necesitara la jurisdicción. Trayendo en ese momento las palabras de Llambias, para el acto nulo y que como vimos se aplican a toda tipo de nulidad "...La sentencia de nulidad nada innova; no acuerda derechos ni los quita. El aniquilamiento de las consecuencias materiales derivadas del acto nulo no deberá imputarse a la sentencia, que es sólo declarativa de algo preexistente, sino a la ley misma... Con todo, en el orden de los hechos, la sentencia de nulidad es ineludible si se quiere borrar aquellas consecuencias y la otra parte no se aviene a ello"⁴⁶.

Hay que también que decir que Falbo estuvo en dudas en este tema y así deja en su trabajo un dato muy interesante: la última parte del art. 1200 del Código Civil reza: "Las partes... pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza". Y su nota concluye afirmando: "... Pero las partes, decimos, pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento en los casos que la ley autorice: es decir, si el contrato es hecho por un incapaz, por violencia, dolo, etc., y en tal caso el contrato se juzga no haber tenido lugar...", continuando con la confirmación del concepto y citando a MARCADÉ. De la simple lectura puede afirmarse que, sin dudas, VÉLEZ SANSFIELD aceptó expresamente que la nulidad, aun la relativa, pueda declararse privadamente, con efecto retroactivo y oponible erga omnes, en la medida en que se fundamente en una causal de nulidad prevista en la ley."⁴⁷

Realmente muy interesantes ambos artículos, para leerlos por entero. Ya los había leído muchos años atrás, y quedaron en mi mente dando vueltas y vueltas. Hoy creo poder decir algo al respecto para sumar.

No compartimos la opinión del uso del distracto, hoy la rescisión bilateral del art 1076, por varias razones. En primer lugar porque no se puede extinguir lo que no existe, lo que no es, lo que no genera sus efectos propios. En segundo lugar porque suponiendo que este aparente acto jurídico fuera un contrato, no puede darse en los contratos concluidos, o sea cuando las prestaciones principales han sido cumplidas, solo se da en caso que estén pendientes esas obligaciones de lo contrario no hay nada que extinguir. "La doctrina es generalmente acorde en considerar, salvo algunas opiniones contrarias, que la rescisión así comprendida sólo puede concebirse en contratos en vías de cumplimiento, de ejecución continuada o tracto sucesivo, o también en aquellos en donde los efectos no han comenzado aún a producirse"⁴⁸

Imaginemos este diálogo:

¡Un particular no puede declarar la nulidad! -dirá el juez.-

- No lo hemos hecho -contestaríamos-. Por propia voluntad hemos retrotraído el acto que por propia voluntad habíamos concertado.

- Pero si ese acto era nulo, ¿cómo pretenden retrotraer lo que no ocurrió

-Pues nosotros no podemos afirmar que el acto era nulo; la ley, y con seguridad su doctrina, nos lo prohíbe.

- Se lo prohíbe a ustedes, particulares, no a mí, y de plano ya mismo declaro al acto original nulo, y al segundo insustancial.

- Entonces, en ese caso, estamos en el mismo punto al que habíamos llegado nosotros con nuestro distracto, con lo cual su sentencia en nada altera los derechos existentes ni los constituidos con posterioridad. En suma, la sentencia del juez habrá confirmado que el actuar de los particulares se ajustó a procurar -en los límites de sus atribuciones- que la realidad formal coincida con la realidad material, evitando el perjuicio a terceros. En conclusión, no hay impedimento"

46 Di Castelnovo, Gastón R. "Nulidad. Viabilidad de su declaración por las partes en sede notarial". Revista notarial no. 948, 110, may.ago.04, pp. 314

47 FALBO, Marcelo N. "Declaración de nulidad en sede notarial". Revista notarial no. 949, 110, sep-dic 04, p. 721-725.

48 ACQUARONE María, COSOLA Sebastián y ROCAN Ricardo. "Código Civil y Comercial de la Nación" Coordinador Eduardo Gabriel CRUSELLAS, Ed Astrea 2015. Pag 834.

Pero dejemos de lado esta postura sobre la rescisión bilateral, y pensemos que aún en contra de nuestras propias ideas, por una cuestión de utilidad, aceptemos usarlo, porque como dice Falbo en cierta manera, es mejor darle a esta declaración de nulidad la forma de rescisión bilateral, para que el Registro por ejemplo tome razón, pues de todas maneras aún que insustancial llegamos a la misma solución que con la declaración de nulidad. Aún así tenemos que ver que la solución sería muchas veces difícilmente aplicable, más si tenemos en consideración que puede darse que el vicio también afecte al mismo distracto por ser este también un contrato. Supongamos un contrato entre cónyuges bajo el régimen de comunidad, nulo por haberlo así establecido el art 1002, como podemos luego hacer su rescisión entre las mismas partes que no podían haber contratado. Estaríamos haciendo un nuevo contrato nulo.

Quiero recalcar que los artículos de ambos autores y sobre todo el de Falbo, tenían en cuenta muy especialmente la opinión del Registro de la propiedad, si iba a aceptar esta declaración en sede notarial para dejar sin efecto el acto o no. Falbo nos contaba el criterio del Registro de la Propiedad que "la nulidad no puede ser juzgada y determinada por los particulares." Sin embargo El artículo 8° de la ley 17.801 dice: "El registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ... a) Rechazará los documentos viciados de nulidad absoluta y manifiesta". O sea sin opinión judicial alguna declara el Registro que el acto está viciado de nulidad, que es inválido, carente de valor, o sea lo está reputándolo NULO, tanto así que no le permite el ingreso. Lo que es de por sí toda una contradicción, puesto que si por error le dio cabida y lo registró, no va a permitir tomar razón luego de una declaración particular de las mismas partes que le haga ver la nulidad que no vio en su momento para dejar sin efecto la inscripción.

Cómo puede el Registro, un órgano del Estado sin la *luris diccio*, establecer que un acto está viciado con nulidad, frenar sus efectos propios como es en el caso lograr la inscripción y sus consecuencias, y por ende truncar la circulación del documento. O sea está actuando de la misma manera que si el acto ya hubiera sido declarado nulo en sede judicial, pero con solo advertir el defecto con cual esta se podría lograr.

Por supuesto que siempre que haya una contradicción en este sentido, o sea si el Registro considera nulo el acto jurídico y el particular lo considera válido, deberán concurrir a la justicia. Pero advirtamos que el procedimiento no es tomar el acto provisionalmente (en este caso) y solicitar la declaración judicial sobre la nulidad del acto para obrar en consecuencia, no... con el solo defecto, lo rechaza.

Pues decimos que no está mal la posibilidad que la ley le otorga al Registro de calificar la validez o nulidad del acto, y actuar en consecuencia. Pues es una posibilidad que tenemos todos los miembros de la comunidad. Si me quieren vender una inmueble adquirido por la venta de un cónyuge a otro, yo también puedo decir que no compro y que lo hago en virtud de la nulidad del acto jurídico que sirve de supuesto título de propiedad.

Muchas veces hemos visto que la nulidad absoluta, es inconfirmable, imprescriptible, y que entonces ante el acto jurídico que tiene este defecto no queda otra solución que la realización de un nuevo acto (reproducción del acto), es más así quedó establecido en

las XXX Jornada Notarial Argentina llevadas a cabo en Mendoza en el año 2012⁴⁹. Ahora ¿necesitamos la declaración judicial de nulidad para la reproducción del acto? Vamos a nuestro caso particular: Leemos la escritura donde hay una venta de A a B, con la conformidad de C, firma A firma B y C no quiere firmar. ¿Qué hacemos? No autorizamos la escritura y la imprimimos de nuevo con solo el negocio entre A y B. A continuación se firma, y esta si la autorizamos. Tenemos sin embargo un escrito en el protocolo firmado por dos partes intervinientes, que aparenta ser una acto jurídico pero no lo es, a más del defecto de la falta de firma, le hemos agregado la falta de firma del escribano, tiene dos defectos importantes, podríamos decir esenciales. Sin embargo tiene cierta la apariencia de acto jurídico (está hecha en el protocolo, tiene la fecha, etc) y no dudamos en hacer la reproducción del acto a continuación.

Supongamos ahora que hubiéramos firmado por error la escritura anterior, y luego nos percatamos de la falta de firma de C, le solicitamos firmar y no lo hace. ¿Qué hacemos? Pues la misma solución, reproducimos el acto solo entre A y B. En ambos casos hacemos una nota aclaratoria luego de las firmas expresando que esa escritura no pasó por falta de firmas de las partes, que no es ni más ni menos que calificar a este instrumento con un vicio que no le permite ser una escritura.

Pero vayamos más adelante aún, pensemos que hay una escritura así, con la falta de una de las firmas de los sujetos intervinientes, como antecedente, pero de la cual se expidió un testimonio, se inscribió, circuló. ¿Qué hacemos? Pues la solución debería ser la misma porque el defecto es el mismo. Tenemos un aparente acto jurídico que no es tal, porque tiene un defecto originario, estructural y esencial, pero que no permite la confirmación, puesto que los requisitos están establecidos en interés general, porque hace, como vimos, al rito (la ley no solo quiere que declaren ante el escribano, sino que firmen para considerar que está su consentimiento). Debemos hacer la reproducción del acto. Hacer una escritura donde dejo plasmada la conformidad de C, solo hace que se esté en una situación mejor, porque sabemos que él no va a estar interesado en pedir la declaración de nulidad de la escritura, pero los otros si y no solo ellos, también hay otros que la podrían pedirla, aún el juez de oficio. La única solución pues es reproducir el acto.

Ahora, si el acto jurídico de que se trata es título de propiedad, al haber reproducido el acto sin declaración judicial de nulidad, podríamos decir que adquirió B por dos actos distintos. Pero como dice el 1943 "Quien adquiere la cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro" Sin embargo debemos aclarar que evidentemente el primer acto, aparentaba ser tal y no lo era "no tenía las formas establecidas por ley" como dice el 1892, por lo tanto es tan solo el segundo instrumento el título.

Lógicamente que sería bueno en la reproducción del acto (para lo cual no hay normas específicas) mencionar cual es el acto reproducido (tanto sustancialmente como formalmente) y la causa de su nulidad, como hacemos en una confirmación de una acto con nulidad relativa (que está regulada), pero siempre teniendo en cuenta las diferencias sustanciales que existen, para aplicar la analogía.

49 6) Ante la existencia de una nulidad formal de la escritura, si la voluntad de las partes o sus sucesores es la de sostener la substancia del negocio en ella contenido, el único remedio legal consistirá en la reproducción del acto. 7) Mas allá de las técnicas de redacción de la escritura de reproducción, el único requisito esencial propio consiste en la identidad de partes, o en su caso sucesores, y la voluntad de sostener o reiterar el negocio jurídico celebrado en la escritura que ostentaba la nulidad formal. 8) Siendo la escritura reproducida un acto jurídico autónomo, deben cumplirse los trámites registrales previos y posteriores a su otorgamiento. 9) Las obligaciones impositivas y tributarias cumplidas en la escritura original inválida, en la medida que respondieron a una realidad que materialmente se efectivizó, no deberán exigirse en el acto de reproducción.

Sin embargo, sino lo hacemos, sino realizamos la conexión, sino hacemos la declaración de la nulidad, como ocurre generalmente al reproducir inmediatamente el acto no se traduce esto en un inconveniente. Es importante sobre todo cuando ha pasado un tiempo ya, o ha circulado el aparente acto. Pero de todas maneras siempre pensando que lo verdaderamente importante aquí no es la declaración de nulidad, sino la existencia de un acto válido con el cual contar.

La diferencia es que nuestro actuar, en todos estos casos, es pensando la solución, para que todo siga como el acto aparente pretendía. Y en estos casos estamos dando por obvia la declaración de nulidad, para hacer el verdadero acto. El mismo Registro tampoco la pide, y la da por sobreentendida.

Pero si no se puede reproducir el acto porque justamente la ley marca la imposibilidad de hacerlo con esas mismas partes, ¿cómo se hace para dar marcha atrás?. No puedo reproducir el acto, solo queda la declaración de nulidad.

Por supuesto que esta declaración particular de nulidad, que cuando hacemos la reproducción del acto, la damos por sobreentendida, no podrá perjudicar a terceros, y si los hubiere deberá realizarse judicialmente.

Aquí también será útil la antigua clasificación en actos nulos y anulables, puesto que la prudencia, propia de todo notario, indica restringir esta declaración a los primeros solamente, donde no entra la duda, donde el defecto es evidente y no es una cuestión de apreciación en grados.

Lo importante es entender que la nulidad del acto está dada por el defecto que contiene. La declaración judicial de nulidad, es solo declarativa. Es la ley la que priva al acto de los efectos propios, retroactivamente en todos los casos.

Todos tenemos el derecho de reputar al acto como nulo o válido, y solo si da lugar al conflicto en esto, será necesario la declaración judicial de nulidad.

III. Conclusiones

1) No necesitamos recurrir al camino de la teoría de la inexistencia para dejar sin efecto algo que existe y que aparenta ser un acto jurídico y no lo es. Lo sano de esta interpretación es que quedándonos en el marco de la nulidad tenemos ya establecida toda la regulación para actuar.

2) No hace falta que la ley literalmente establezca la nulidad en los casos de requisitos esenciales (si en los demás casos), pero estos deben surgir claramente de la ley como tales, y configurar así el modelo normativo.

3) Hay dos ámbitos bien diferenciados donde se extiende la nulidad del acto jurídico, y por eso podemos diferenciar Nulidad Formal y Nulidad Sustancial.

4) Las nulidades formales, establecidas para la realización de la Escritura pública, dan lugar siempre a la Nulidad Absoluta, por ser normas que integran el rito, o sea las solemnidades que se han establecido como garantía para asegurarle a la comunidad que su fe

en ese instrumento no va a ser traicionada.

5) La sentencia que da lugar al estado de nulidad es declarativa. Los efectos de la nulidad son siempre retroactivos.

6) Pensar en un acto con defectos, que da lugar a la ineficacia, como válido hasta que se declare su nulidad es un error, son actos nulos (porque ya tienen el defecto), pero que todavía no fueron declarados tales por una sentencia.

7) Es posible la declaración de nulidad en sede notarial de los actos nulos (tomando la antigua clasificación). No solo para la reproducción del acto jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- MALICKI Anahí Comentario, en Código Civil y Comercial de la Nación. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley 2014.
- RIVERA, Julio Cesar, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Ed LexisNexisAbeledoPerrot, 1994 Tomo II.
- FALBO, Marcelo N. "Hacia una depuración de la Teoría de las Nulidades" trabajo presentado en la XXVI Jornada Notarial Argentina, celebrada en Córdoba en el año 2002, pág 20.
- FALBO, Marcelo N. "Código Civil y Comercial de la Nación" Coordinador Eduardo Gabriel CRUSELLAS, Ed Astrea 2015.
- ZAVALA, Gastón Augusto, "Ineficacia y subsanaciones en el documento notarial", Revista Notarial N°943, Pag 758 Año 2002.
- CARMINIO CASTAGNO, José Carlos "Inexistencia, invalidez e ineficacia", Seminario Laureano Moreira Octubre 1995
- CARMINIO CASTAGNO, José Carlos "Algo más sobre los Actos nulos y anulables", Revista del Notariado, N°854, Pág 51.
- HERRERO PONS, Jorge, "Vademecum notarial", Ediciones Jurídicas, Bs As 1997, Pág 25
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos. Tomo I Parte General, Bs. As., Zavalía, 1985, Pág. 290.
- ZINNY, Mario Antonio, "El Acto Notarial (Dación de fe)" 2ª Edición, Ed Depalama, Bs As 2000, Pág 13
- ABELLA Adriana, Código Civil y Comercial. Comentado, anotado, y concordado. Coord Eduardo Gabriel CLUSELLAS, Ed Astrea año 2015, Pág 709
- MOISSET DE ESPANES, Luis y Márquez, José F. "Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano" Revista del notariado no. 897, 112, jul-sep 2009, p. 289-300.
- PELOSI, Carlos A. "El documento Notarial", 3ª reimpresión, Ed Astrea, Bs As 1997, Pág 179
- PONDÉ, Eduardo Bautista, "Origen e historia del Notariado", Editorial Depalma, Bs As 1967, Pag 545
- SIERZ, Susana Violeta, "Derecho Notarial", Editorial Di Lpalma, Buenos Aires 1988, pág 242
- LAMBER, Rubén, "NULIDAD POR FALTA MATERIAL DE FIRMA DE OTORGANTE PRESENTE. SUBSANACION". Cuadernos de Apuntes Notariales N° 10, caso N°129
- BITTAR DE DURALDE Amara y MANTEGANI, Silvia "Las enmiendas no salvadas en los

instrumentos públicos en el marco del Código Civil y Comercial de la Nación” Revista Notarial N°92 (año 2015), Pág 339

• FALBO, Marcelo N. “Declaración de nulidad en sede notarial”. Revista notarial no. 949, 110, sep-dic 04, p. 721-725.

• DI CASTELNUOVO, Gastón R. “Nulidad. Viabilidad de su declaración por las partes en sede notarial”. Revista notarial no. 948, 110, may.ago.04, pp. 312

EXTENSIÓN DEL EXÁMEN CALIFICADOR EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES SOCIETARIOS

Por José Pablo Sala Mercado, María Valeria Sala Mercado y Cristian Ariel García Li Muli¹

SUMARIO. I.- INTRODUCCION. II.- LA ESCRITURA PÚBLICA Y EL REGISTRO INMOBILIARIO. PARALELISMO. III.- EL EXAMEN CALIFICADOR JUDICIAL. IV.- CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR. V.- CONCLUSIONES.

RESUMEN:

El presente trabajo trata sobre el examen calificador de los instrumentos públicos notariales en materia societario y por ende su alcance e implicancias notariales.

ABSTRACT

This paper deals with the qualifying examination of notarial public instruments in corporate matters and therefore theirs cope and notarial implications.

PALABRAS CLAVE: Examen calificador. Documentos notariales Societarios.

KEY WORDS: Qualifyingexam. Corporate notarial documents.

I. Introducción

El examen calificador, que materializa el principio de legalidad registral como acto de sometimiento de un documento a la ley, presenta algunos reparos en materia judicial y registral cuando reviste el carácter de instrumento público notarial.

Numerosas sociedades constituidas por instrumento público notarial (Sociedades Anónimas o de otro tipo que adopten esa formalidad por aporte de un bien transferible por instrumento público) son observadas al efectuarse el control estatal por autoridad judicial, administrativa de contralor (IGJ) o registral (RP).

Vale decir que un instrumento de tal naturaleza ha sido visado de legalidad por el escribano oportunamente y, por tanto, ello hace propio detenerse en la competencia de nuevas observaciones que se produjeran en las distintas etapas posteriores a superar para el logro de la inscripción definitiva.

¹XX.

El examen calificador, según el caso, podrá circunscribirse a las formas extrínsecas del instrumento y la detección de vicios manifiestos, excepcionalmente a lo intrínseco, o, por el contrario, extenderse a la totalidad del documento en cuanto a forma y fondo. El interrogante a responder es el siguiente: ¿Qué alcance tiene el examen calificador efectuado por un juez o registrador sobre el instrumento público notarial constitutivo de sociedad? ¿Es parte el notario, como funcionario delegatario de fe pública, del "control estatal" dispuesto para estos actos? ¿Las competencias son concurrentes, excluyentes, o por etapas?

El examen calificador judicial

Para el caso de que no se trate de una Sociedad Anónima, el juez de comercio debe intervenir ordenando la inscripción. Previo a ello, requiere el cumplimiento de requisitos legales y fiscales comprensivos, por ejemplo, de alta en AFIP; publicaciones legales e integración de capital en lo que fuere menester (según se trate de aportes en dinero o en especie); como también de lo que pudiera surgir, previa revisión del instrumento.

Cabe preguntarse también en casos de constitución de sociedades con aporte de inmuebles que requieren su registración previa en el Registro de la Propiedad: ¿Qué pasaría si hubiera discordancia entre Registros como resultado de satisfacer las observaciones que pudieren hacerse luego de la inscripción del instrumento público en el Registro de la Propiedad? ¿Qué pasaría con las consecuencias de esa publicidad discordante (entre Registros) que pueda brindarse a terceros?

En estos casos debiera evitarse realizar el mismo control en más de una oportunidad, con lo que podríamos pensar que, en caso de la intervención de un escribano, que incluso ya sometió el acto a un Registro previo, no debiera resultar significativa la intervención judicial, puesto que la actividad del magistrado podría ser cubierta en gran parte por el notario. Satisface este pensamiento el hecho de que el escribano naturalmente posee cinco tipos de responsabilidades en su accionar (civil, penal, fiscal o administrativa, disciplinaria o profesional y colectiva).

Creemos que el escribano es un funcionario técnico en derecho que debe calificar el documento al momento de realizarlo y, salvo el supuesto de omisiones evidentes, el juez debiera convalidarlo, pues la validación no proviene de la venia otorgada por la autoridad judicial, sino de la conformidad del acto con los propios preceptos legales.

Calificación del Registrador

Siguiendo con el análisis propuesto, de la normativa registral territorial se suelen desprender amplias competencias del registrador en torno a la evaluación del instrumento. Es así que, en el artículo 39 de la Resolución General 7/2015 de IGJ, sobre el control de legalidad, se establece que se "verificará la legalidad del documento y del acto contenido en él, comprendiéndose en ello la verificación del cumplimiento de todos los requisitos formales y sustanciales que en cada caso correspondan...".

La redacción, si bien es clara, vale preguntarse si se ajusta a derecho en el caso de los instrumentos públicos. ¿Puede el registrador valorar la totalidad del instrumento en cuanto al continente y su contenido?

La respuesta al interrogante, creemos debe ser idéntica al supuesto judicial. Más aún,

si la orden viene dada por un juez de comercio en las localidades donde persista ese trámite (Ej.: Córdoba), creemos que con mayor razón debe ser así, puesto que ya dos funcionarios han revisado el documento (notario y magistrado).

Conclusiones.

Debe evitarse la superposición de competencias entre escribanos, magistrados y funcionarios del Registro.

En casos de haber intervenido un escribano realizando el contrato constitutivo societario por escritura pública, la actividad de control del magistrado debería ser calificadora sobre ciertos requisitos y aspectos formales extrínsecos, evitando lo intrínseco (que le pertenece al notario).

En estos casos el registro realiza un examen limitado, pudiendo exceptuarse de cumplir la manda judicial de registrar solo en casos de imposibilidad material. Finalmente, para el caso del instrumento que llega al registro sin intervención judicial previa, el examen de formas y excepcionalmente de fondo lo realizará el registrador responsable, cuidando de no superponerse con lo que le atañe al notario.

A continuación el desarrollo de este tema a través de la **PONENCIA “EXTENSIÓN DEL EXÁMEN CALIFICADOR EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES SOCIETARIOS”**

XXXII Jornada Notarial Argentina

TÍTULO PONENCIA

“EXTENSIÓN DEL EXÁMEN CALIFICADOR EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES SOCIETARIOS”

Titulares: José Pablo Sala Mercado, María Valeria Sala Mercado y Cristian Ariel García Li Muli

Tema/Comisión: III (Sociedades)

Coordinador Nacional: Soledad Richard

Datos Contacto: josesalamercado@yahoo.es; tel: +54-351-4213235

“EXTENSIÓN DEL EXÁMEN CALIFICADOR EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES SOCIETARIOS”

I. Introducción

El examen calificador², que materializa el principio de legalidad registral como acto de sometimiento de un documento a la ley, presenta algunos reparos en materia judicial y registral cuando reviste el carácter de instrumento público notarial.

² López de Zavalía expone que “Calificar es encuadrar un objeto de conocimiento en una determinada categoría. Si la categoría de que se trata es jurídica, estaremos frente a una calificación jurídica”, destacando que el que controla realiza una doble calificación, porque autocalifica su conducta para decidir si obra y como lo hará y califica la conducta ajena. López de Zavalía Fernando J., “Curso Introductorio al Derecho Registral”, Ed. Víctor P. de Zavalía S.A., Bs.As., 1983. Pág. 393.

Numerosas sociedades constituidas por instrumento público notarial (Sociedades Anónimas o de otro tipo que adopten esa formalidad por aporte de un bien transferible por instrumento público) son observadas al efectuarse el control estatal por autoridad judicial, administrativa de contralor (IGJ) o registral (RP).

Vale decir que un instrumento de tal naturaleza ha sido visado de legalidad³ por el escribano oportunamente y, por tanto, ello hace propio detenerse en la competencia de nuevas observaciones que se produjeran en las distintas etapas ulteriores a superar para el logro de la inscripción definitiva. Asimismo, debe distinguirse la competencia de cada control ya que, de contar toda etapa con idéntica competencia, pueden acaecer contradicciones que dilaten el proceso y perjudiquen a los administrados interesados y terceros en general, por cuanto la seguridad jurídica entra en juego.

Es importante resaltar que se trata de un control *a priori*, el cual tiene por objeto determinar vicios manifiestos en el documento con algunas excepciones intrínsecas ya que, en caso de conflicto ulterior sobreviniente respecto de la sustancia, las autoridades administrativas, judiciales o arbitrales, podrán efectuar el debido control *a posteriori*, cuando sean llamados a tal efecto⁴.

El examen calificador varía frente a las características del registro receptor del instrumento (constitutivo o declarativo, convalidante o no convalidante) y ello le añade o quita intensidad. Así las cosas, podrá el registro circunscribirse a las formas extrínsecas del instrumento y la detección de vicios manifiestos, excepcionalmente a lo intrínseco, o, por el contrario, extenderse a la totalidad del documento en cuanto a forma y fondo. El interrogante a responder es el siguiente:

¿Qué alcance tiene el examen calificador efectuado por un juez o registrador sobre el instrumento público notarial constitutivo de sociedad? ¿Es parte el notario, como funcionario delegatario de fe pública⁵, del “control estatal” dispuesto para estos actos? ¿Las competencias son concurrentes, excluyentes, o por etapas?

Si bien resulta dificultoso separar competencias y en la práctica ello surge con frecuencia, intentaremos brindar claridad a fin de contribuir con la celeridad que la dinámica comercial necesita en estos procesos constitutivos.

II. La escritura pública y el registro inmobiliario. Paralelismo

En cabeza del escribano u otros funcionarios autorizantes del instrumento, se encuentra el deber de elevar un acto a escritura pública. Esto es realizado por los funcionarios

3 Gattari destaca y menciona en su obra el texto aprobado en 1986 en reunión de La Haya por el Consejo Permanente de la Unión Internacional de Notariado Latino que en referencia a los documentos notariales expresa “9. Los documentos notariales gozan de doble presunción de legalidad y de exactitud. La presunción de legalidad comporta que el acto o negocio jurídico reúne los requisitos legales para su validez, y particularmente, que el consentimiento de los otorgantes se ha manifestado en presencia del notario libre y conscientemente. ... 12. Los notarios redactaran los documentos conforme a su leal saber y entender y reflejaran en é claramente la voluntad de los otorgantes que previamente habrán de interpretar, adaptándola a las exigencias legales o de técnica jurídica necesaria para su plena eficacia.” Y por otro lado el texto I Congreso de Derecho Notarial nacional de 1971 en Córdoba, que en relación al Notario y su función expresa “2.1.El escribano es un profesional del derecho encargado de una función pública de carácter jurídico y social. Como profesional de derecho asesora a quienes se lo requieren, respecto de los actos que deben otorgar, para que se concreten con fines lícitos cuyo cumplimiento persiguen. En ejercicio de la función pública jurídica cumple la misión de configurar el instrumento y autenticar los hechos y las declaraciones de los otorgantes, así como la legitimar y legalizar los actos que en su consecuencia celebran. ...”. Gattari, Carlos Nicolás, “Manual de Derecho Notarial” 2ª ed., Bs.As., Ed. Abeledo Perrot, 2008, págs. 494 y 497.

4 Véanse artículos 6, 11, 17, 167, 299, 300, 304, ss y cc de LGS; y artículo 7 inc. b de Ley 22315.

5 Abella, citando jurisprudencia expresa que la fe pública fue definida como “una potestad del Estado que obliga a tener por ciertos y auténticos determinados hechos...” Abella, Adriana, “Derecho Notarial”, Bs.As., Ed. Zavallia, pag. 93.

teniendo presente los requisitos de fondo y forma (Contenido y continente)⁶, por lo que ello resulta un primer examen con la debida autoridad. Es decir que, cabe preguntarse si luego del ropaje brindado por el escribano y el control de contenido autorizado por este, otros, también funcionarios, pueden ingresar sobre lo ya revisado oportunamente por el notario⁷.

Trazando un paralelismo con lo dispuesto por Ley 17801, el registrador que recibe un instrumento público notarial, solamente puede avocarse en su examen calificador a las formas extrínsecas⁸ y, excepcionalmente, a lo intrínseco, casos de examen de la capacidad de las partes y del tracto sucesivo (horizontal o vertical)⁹. Es dable destacar que en este escenario la revisión del instrumento es de carácter acotado (debiendo ser oportuno e integral), por cuanto se trata de un registro declarativo y se entiende que el escribano es quien debió revisar el resto de la sustancia.

Se concluye por tanto que el contenido del acuerdo de partes, elevado a escritura pública, se encuentra reservado al escribano y, por tanto, ajeno al estudio del registrador responsable. Son las formas extrínsecas y, lo excepcional ya referido, los elementos sometidos al arbitrio del responsable registral, sin que pueda superarse ese límite. No tiene facultades el registrador para detectar vicios ocultos del instrumento ni interpretar su clausulado, debe solo detenerse en lo manifiesto u ostensible.

Este escenario no encuentra su espejo en el iter constitutivo de una sociedad que fuera elevada a escritura pública, por cuanto los jueces y los registradores suelen reconsiderar el instrumento en toda su extensión, ya sea su ropaje o lo intrínseco, produciendo observaciones de criterios fundados que contrarían lo autorizado por el notario o integran sus omisiones. Es dable afirmar que en el caso del Registro Público, estamos frente a una inscripción constitutiva respecto del tipo social, más no de la sociedad que puede, en su defecto, recaer en la sección IV de LGS¹⁰.

III.- El examen calificador judicial

Para el caso de que no se trate de una Sociedad Anónima, el juez de comercio debe intervenir ordenando la inscripción. Previo a ello, requiere el cumplimiento de requisitos legales y fiscales comprensivos, por ejemplo, de alta en AFIP; publicaciones legales e integración de capital en lo que fuere menester (según se trate de aportes en dinero o en especie); como también de lo que pudiera surgir, previa revisión del instrumento.

Asimismo, cabe preguntarse también si, para el caso de observación del instrumento

6 Arts. 299 a 309 del CCCN. La definición que brinda el art. 299 del CCCN respecto de la escritura pública, pone fin a una vieja discusión respecto a la calidad o no de funcionario del escribano, por cuanto el mismo, al referir "o de otro funcionario autorizado", no deja dudas de que el notario integra dicha categoría.

Asimismo, deberá el escribano observar la Ley General de Sociedades a los fines de control de contenido, respecto de las disposiciones contractuales que componen la escritura. No olvidemos que se trata de un técnico en derecho.

7 Se ha sostenido en relación a la escritura pública notarial que la correcta actuación del notario estaría asegurando la actuación de los otorgantes y la legalidad del acto o negocio documentado. Gattari, Carlos Nicolás, "Manual de Derecho Notarial" 2ª ed., Bs.As., Ed. Abeledo Perrot, 2008, pág. 210.

8 Cuando hablamos de formas extrínsecas nos referimos al "continente" que es el acto instrumental, es decir a los requisitos propios del instrumento, como son: la competencia territorial del oficial público, su idoneidad para el acto, la existencia de las firmas del oficial público y los otorgantes, etc. El acto instrumentado y su contenido son la parte intrínseca del título que se lleva al Registro. Moisset de Espanés Luis, Publicidad Registral, 3ra.Ed., Zavallia, Bs.As., 2003, pag.178.

9 Arts. 9, 15, 30, 31, 32 Ley 17801. Cierta doctrina se extiende aún más considerando que cualquier nulidad manifiesta del documento, sea de formas extrínsecas o al contenido del acto, tendrá que ser observada por el registrador. Destaca que el registrador no debe limitarse a analizar la legalidad de las formas extrínsecas, sino que también la capacidad de las partes y todo vicio que origine una nulidad manifiesta, a tenor del documento y de las constancias del Registro. Moisset de Espanés Luis, Publicidad Registral, 3ra.Ed., Zavallia, Bs.As., 2003, pag.181 y ss, y pág.202.

10 Arts. 5 y ss; 21 y ss, LGS.

por el juez, es necesaria la suscripción de otro documento del mismo carácter o si, por el contrario, con la confección de un similar privado (acta privada) puede subsanarse el defecto señalado.

Cabe preguntarse también en casos de constitución de sociedades con aporte de inmuebles que requieren su registración previa en el Registro de la Propiedad: ¿Qué pasaría si hubiera discordancia entre Registros como resultado de satisfacer las observaciones que pudieren hacerse luego de la inscripción del instrumento público en el Registro de la Propiedad? ¿Qué pasaría con las consecuencias de esa publicidad discordante (entre Registros) que pueda brindarse a terceros?

En estos casos debiera evitarse realizar el mismo control en más de una oportunidad, con lo que podríamos pensar que, en caso de la intervención de un escribano, que incluso ya sometió el acto a un Registro previo, no debiera resultar significativa la intervención judicial, puesto que la actividad del magistrado podría ser cubierta en gran parte por el notario. Satisface este pensamiento el hecho de que el escribano naturalmente posee cinco tipos de responsabilidades en su accionar (civil, penal, fiscal o administrativa, disciplinaria o profesional y colectiva)¹¹.

En este orden, atento a la actual redacción del artículo 5 de LGS, cabe preguntarse respecto de las sociedades personalistas y SRL constituidas por escritura pública, lo siguiente: ¿Es necesaria la etapa previa en un juzgado comercial?¹²

La norma actual reza: "El acto constitutivo, su modificación y el reglamento, si lo hubiese, se inscribirán en el Registro Público del domicilio social y en el Registro que corresponda al asiento de cada sucursal, incluyendo la dirección donde se instalan a los fines del artículo 11, inciso 2.

La inscripción se dispondrá previa ratificación de los otorgantes, excepto cuando se extienda por instrumento público o las firmas sean autenticadas por escribano público u otro funcionario competente.....".

A la luz del precepto, creemos que podría suscitarse un problema por la omisión de consignar al "juez de registro" en la nueva redacción si el registro se irroga competencias directas sobre el instrumento en concurrencia con los tribunales. Máxime si, la norma siguiente, establece la opción de acudir al "Registro Público o, en su caso, a la autoridad de contralor..."¹³.

Más allá de esto, recibido el instrumento por el juez, corresponde destacar qué amplitud tiene el estudio que éste puede realizar del documento. Entendemos que aquí cabe distinguir, nuevamente, los vicios extrínsecos de los intrínsecos. Relevados los presupuestos de la escritura pública, el juez podría observar inconsistencias manifiestas en el clausulado del contrato (Ej.: discordancia entre capital y suma de los aportes, omisión de requisitos tipificantes y no tipificantes), pero no debiera ingresar en el análisis de cuestiones sustanciales. Vale decir, el estudio de la relación entre capital y objeto, por

11 Gattari, Carlos Nicolás, "Manual de Derecho Notarial" 2ª ed., Bs.As., Ed. Abeledo Perrot, 2008, pág. 245.

12 El similar anterior rezaba: "El contrato constitutivo o modificadorio se inscribirá en el Registro Público de Comercio del domicilio social, en el término y condiciones de los arts. 36 y 39 del Código de Comercio. La inscripción se hará previa ratificación de los otorgantes ante el juez que la disponga, excepto cuando se extienda por instrumento público, o las firmas sean autenticadas por escribano público u otro funcionario competente...".

13 Artículo 6 LGS

ejemplo, o la calidad sustancial del socio en las sociedades llamadas peyorativamente como “sociedades de cómodo”¹⁴. Dicho examen ya ha sido verificado por el funcionario autorizante del documento que le ha sido traído a fin de completar el proceso inscriptorio. De lo contrario, el notario sería un simple instrumentador de documentos a los que dota de fe pública, pero nada más.¹⁵

Creemos que el escribano es un funcionario técnico en derecho que debe calificar el documento al momento de realizarlo y, salvo el supuesto de omisiones evidentes como las resaltadas, el juez debiera convalidarlo, pues la validación no proviene de la venia otorgada por la autoridad judicial, sino de la conformidad del acto con los propios preceptos legales.

Debiera evitarse la realización innecesaria de las mismas actividades que impliquen una superposición de competencias (o de control, dependiendo de la mirada) por lo cual, en caso de la intervención de un escribano que analiza las cuestiones intrínsecas del acto, debería obviarse la actividad judicial en ese aspecto para que las actividades de los funcionarios (notario y magistrado) no se repitan con posibles interpretaciones contradictorias. Es necesario comprender que no es una cuestión que sea llevada a un juez para resolver un conflicto o contradicción alguna, solamente debe atender a la existencia de ciertos requisitos y formas.

IV. Calificación del Registrador

Siguiendo con el análisis propuesto, de la normativa registral territorial se suelen desprender amplias competencias del registrador en torno a la evaluación del instrumento. Es así que, en el artículo 39 de la Resolución General 7/2015 de IGJ, sobre el control de legalidad, se establece que se “verificará la legalidad del documento y del acto contenido en él, comprendiéndose en ello la verificación del cumplimiento de todos los requisitos formales y sustanciales que en cada caso correspondan...”¹⁶

La redacción, si bien es clara, vale preguntarse si se ajusta a derecho en el caso de los instrumentos públicos. ¿Puede el registrador valorar la totalidad del instrumento en cuanto al continente y su contenido?

La respuesta al interrogante, creemos debe ser idéntica al supuesto judicial. Más aún, si la orden viene dada por un juez de comercio en las localidades donde persista ese trámite (Ej.: Córdoba), creemos que con mayor razón debe ser así, puesto que ya dos funcionarios han revisado el documento (notario y magistrado).

Un ejemplo algo extraño que se presenta en Córdoba, a propósito del activismo del Registro Público, es el rechazo por parte de la autoridad administrativa de las copias cer-

14 Desde ya que, con el nuevo concepto de sociedad, estas categorías debieran desaparecer. La prohibición de la sociedad de cómodo (sociedades donde el socio mayoritario era casi único socio en los términos del capital) que no proviene de la ley, sino del activismo judicial y administrativo, más allá de que nunca estuvo justificada (se establecieron porcentajes arbitrarios de participación que superaban la categoría prohibida), ahora pierde totalmente vigencia con la nueva redacción del artículo primero de LGS. Véase fallo: “Fracchia Raymond S.R.L.”, 05-03-05, Cám. Nac. De Apelaciones en lo Comercial. Véase: Odriozola, Carlos S. “Limitación de la voluntad contractual expresada en el estatuto social ¿Por qué no?”, LL, 2006-D, 1305.

15 Abella destaca al tratar los efectos de del ejercicio de la función notarial, que el notario da seguridad, valor y permanencia a los hechos y actos jurídicos, Abella, Adriana, “Derecho Notarial”, Bs.As., Ed. Zavalia, pág. 28.

16 Artículo 39 RS 7/2015 IGJ: “Previo a ordenarse la inscripción de lo expresado en el artículo 36 de las presentes Normas, se verificará la legalidad del documento y del acto contenido en él, comprendiéndose en ello la verificación del cumplimiento de todos los requisitos formales y sustanciales que en cada caso correspondan. Exceptúense las modificaciones, disolución, liquidación y demás actos sujetos a la competencia y autorizados por la Comisión Nacional de Valores, los cuales se inscribirán en forma automática conforme al artículo 4º, inciso c) in fine, de la Ley Nº 22.315”. Véase fallo: “Fracchia Raymond S.R.L.”, 05-03-05, Cám. Nac. De Apelaciones en lo Comercial.

tificadas con transcripción de rúbrica de actas de Directorio y Asamblea, con motivo de no contar estas con “firmas certificadas” de las partes otorgantes o del presidente¹⁷. Este acto, que parece un tema menor, dilata procedimientos simples de inscripción de actos por supuestos vicios formales en los documentos acompañados, los que no son tales, puesto que una sociedad que cuenta con los libros en legal forma y donde se asientan las reuniones de sus órganos, actos documentados que luego son certificados en copia¹⁸ por un escribano y que el registrador rechaza por no contener, esa copia, firma certificada. Es que exigir ello contraría la naturaleza de inmediatez del acta celebrada, por cuanto el acta tendría una fecha de producción y las firmas otra diferente de certificación. ¿Tendrían que volver a firmar los accionistas la copia certificada para convalidar las firmas estampadas en el original? ¿Tendrían que celebrar los accionistas la asamblea en la notaría? Ello contraría lo dispuesto por el art. 233 LGS. Los libros llevados en legal forma hacen prueba de sí mismos y con la transcripción de rúbrica en la certificación de la copia debiera ser suficiente¹⁹. Se exige un requisito sin justificación alguna, extralimitándose la administración en sus facultades de contralor.

Volviendo al examen calificador, también es dable considerar la concurrencia de competencias entre el notario y el registrador, a fin de delimitar en alguna medida las facultades y, por qué no, responsabilidades de cada uno.

a) Documento notarial sin intervención judicial previa

Para el caso de que el instrumento autorizado por el notario (por escritura pública) se presentara directamente por mesa de entrada (constitución de Sociedad Anónima), creemos que el registrador tiene mayores facultades en el criterio calificador, debiendo asegurar el cumplimiento de requisitos de forma (instrumento) y fondo hasta su competencia (tipificantes y no tipificantes), únicos revisables a priori, pero no debe inmiscuirse en cuestiones intrínsecas que solo atañen al escribano. Un criterio contrario sería no observar el control estatal de que dispone la normativa societaria durante el iter constitutivo.

b) Documento notarial con intervención judicial previa

Por su parte, para el caso de que haya intervenido la autoridad jurisdiccional entre la autorización del acto por un escribano y su posterior llegada al registro, cabe concluir que la calificación del registrador se encuentra limitada a su mínima expresión. El examen se reduce a los casos en los que existe imposibilidad material de cumplir con el mandato judicial (Ej.: Defectos respecto de los datos personales de los contratantes – discordancia entre Nombre y DNI consignados, etc.,-). Vale decir que este tipo de comunicaciones procedentes de un tribunal y que tienen por destinatario al Registro, revisten carácter ordenatorio, por lo que resulta ser un mandamiento que debe cumplirse, salvo excusa de imposibilidad material. Dentro éste género ordenatorio encontramos a las sentencias de inscripción de sociedad, donde el examen calificador del documento ya viene cubierto por la intervención del magistrado y, en consecuencia, se ha ordenado la inscripción del mismo en el RP. En este supuesto, el registrador, salvo imposibilidad material, debe

17 El Formulario Planilla Anexo IIA (Requisitos para asamblea.) establece el deber de acompañar: Pto. 2. “Transcripción mecanografiada del ACTA DE DIRECTORIO DE CONVOCATORIA, con el ORDEN DEL DIA en forma destacado, con firma del Presidente certificada por Escribano Público, quien debe indicar LIBRO y FOLIO donde está inserta, y datos referidos a la RUBRICA, (autoridad que la realizó y la fecha en que se efectuó la misma), del Libro respectivo. ORIGINAL”; Pto. 8. “TRANSCRIPCIÓN mecanografiada del ACTA DE ASAMBLEA con firma del Presidente certificada por Escribano Público, quien debe indicar LIBRO y FOLIO donde está inserta, y datos referidos a la RUBRICA, (autoridad que la realizó y la fecha en que se efectuó la misma), del Libro respectivo. ORIGINAL. Ajustada a las características de Resoluciones N° 011/2005 y N° 001/06”.

18 Estas copias certificadas tendrían plena fe por haberse realizado en ejercicio de la función pública notarial. Gattari, Carlos Nicolás, “Manual de Derecho Notarial” 2° ed., Bs.As., Ed. Abeledo Perrot, 2008, pág. 175.

19 Art. 73 LGS; Arts. 330 ss, y cc del CCCN.

inscribir y no puede observar la sustancia (ni contenido, ni fundamento) del acto objeto del mandamiento judicial.

V. Conclusiones.

Debe evitarse la superposición de competencias entre escribanos, magistrados y funcionarios del Registro.

En casos de haber intervenido un escribano realizando el contrato constitutivo societario por escritura pública, la actividad de control del magistrado debería ser calificadora sobre ciertos requisitos y aspectos formales extrínsecos, evitando lo intrínseco (que le pertenece al notario).

En estos casos el registro realiza un examen limitado, pudiendo exceptuarse de cumplir la manda judicial de registrar solo en casos de imposibilidad material. Finalmente, para el caso del instrumento que llega al registro sin intervención judicial previa, el examen de formas y excepcionalmente de fondo lo realizará el registrador responsable, cuidando de no superponerse con lo que le atañe al notario.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA, ADRIANA. "Derecho Notarial", Bs.As., Ed. Zavalía, 2010.
- GATTARI, CARLOS NICOLÁS. "Manual de Derecho Notarial" 2ª ed., Bs.As., Ed. Abeledo Perrot, 2008.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA FERNANDO J. "Curso Introductorio al Derecho Registral", Ed. Víctor P. de Zavalía S.A., Bs.As., 1983.
- MOISSET DE ESPANÉS, LUIS. Publicidad Registral, 3ra.Ed., Zavalía, Bs.As., 2003.
- ODRIOZOLA, CARLOS S. "Limitación de la voluntad contractual expresada en el estatuto social ¿Por qué no?", LL, 2006-D, 1305.



UNIVERSIDAD
Blas Pascal



Saber y Saber Hacer

0810 1 22 33 827 - www.ubp.edu.ar